



UNIVERSITÀ DI PARMA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN
“SCIENZE GIURIDICHE”

CICLO XXXII

Banche e Costituzione. L’influenza dell’interesse pubblico sulla *governance* bancaria.

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Tutore:
Chiar.mo Prof. Federico Pedrini

Dottoranda: Giulia Mina

Anni Accademici 2016/2017 –2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE	<i>pag. 1</i>
CAPITOLO 1 - Consumo finanziario e impresa bancaria: aspetti giuspubblicistici della tutela del risparmiatore	<i>pag. 8</i>
§ 1.1 - Consumo finanziario: nozione e <i>favor</i> nella tutela	<i>pag. 8</i>
§ 1.2 - La tutela del risparmiatore come fine giuspubblicistico dell'impresa bancaria alla luce della cd. "Costituzione Economica"	<i>pag. 18</i>
§ 1.3 - Banche e vigilanza: fondamento costituzionale della potestà regolamentare della Banca d'Italia	<i>pag. 25</i>
§ 1.4 - La legittimità costituzionale delle Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia per la <i>governance</i> bancaria	<i>pag. 34</i>
CAPITOLO 2 - Il perimetro valutativo della <i>governance</i> bancaria: la disciplina privatistica degli obblighi degli amministratori di s.p.a. (nel sistema tradizionale) di agire in modo informato e di predisporre adeguati assetti societari	<i>pag. 41</i>
§ 2.1 - Diligenza, assetti societari e informazione: il loro (dialettico) rapporto alla luce della clausola generale della 'corretta amministrazione'	<i>pag. 41</i>
§ 2.2 - Adeguati assetti societari (inclusivi del sistema di controllo interno): analisi degli "attori" rilevanti nel sistema tradizionale di amministrazione di s.p.a.	<i>pag. 50</i>
§ 2.3 - L'applicazione (o meno) della cd. " <i>business judgment rule</i> " agli assetti societari	<i>pag. 71</i>
CAPITOLO 3 - <i>Governance</i> bancaria e tutela del risparmio: tratti distintivi dalla disciplina comune sui doveri degli amministratori di agire in modo informato e di predisporre adeguati assetti societari in un'ottica <i>constitutional oriented</i>	<i>pag. 79</i>
§ 3.1 - Lo statuto speciale dell'impresa bancaria: diligenza, assetti societari e flussi informativi	<i>pag. 79</i>

§ 3.2 - Le peculiari caratteristiche degli “attori” nel consiglio di amministrazione di una s.p.a. bancaria *pag. 93*

§ 3.3 - L’operatività o meno della cd. “*business judgment rule*” per gli assetti societari delle banche *pag. 108*

MAPPA DELLA TESI *pag. 115*

BIBLIOGRAFIA *pag. 126*

INTRODUZIONE

Il problema della *governance* bancaria è un argomento tradizionale del diritto commerciale, cui sono stati dedicati numerosi contributi anche in tempi recenti, soprattutto in ragione delle note vicende legate all'attuale crisi finanziaria¹. Né è sfuggita all'attenzione della dottrina la correlazione tra tale delicata problematica e i plurimi interessi pubblicistici, sovente di rilievo anche costituzionale, ad essa connessi, a partire dai principi enunciati dagli artt. 41 e 47 Cost.².

Recentemente anche la giurisprudenza ha riconosciuto espresso rilievo a tale profilo, allorché la Corte di Cassazione, 5 febbraio 2013, n. 2737³, ha affermato che il dovere di tutti gli amministratori non delegati di agire in modo informato sancito dall'art. 2381, comma 6, c.c., «(...) è particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile. La diligenza richiesta agli amministratori risente, infatti, della "natura dell'incarico" ad essi affidato ed è commisurata alle "loro specifiche competenze" (art. 2392)»⁴.

Sul versante giuspubblicistico, d'altro canto, l'attenzione dedicata alla tematica della *governance* bancaria è stata sinora coltivata in un'ottica prevalentemente amministrativistica (con particolare riferimento ai poteri normativi della Banca

¹ Quale primo cenno di bibliografia si segnalano sul tema i seguenti contributi: L. ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Riv. società*, 2014, 1308 ss.; C. FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di "Organo con funzione di supervisione strategica"*, in *Banca borsa tit. credito*, 2015, 485 ss.; R. LENER, *Le nuove regole in materia di supervisione strategica e di gestione delle banche*, in A. PRINCIPE (a cura di), *Il governo delle banche*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2015, 111 ss.; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa tit. credito*, 2015, 707 ss.; S. SCOTTI CAMUZZI, *Le nuove disposizioni di vigilanza sul sistema dei controlli interni nelle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca borsa tit. credito*, 2014, 147 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca borsa tit. credito*, 2010, 137 ss.; F. VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, 2008, 1276/I ss.

² Cfr. R. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, 1270/I ss.

³ In *Giur. comm.*, 2015, 24/II ss., con nota di A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, *ivi*, 2015, 27/II ss.

⁴ Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, *cit.*, 26/II.

d'Italia⁵), laddove gli approfondimenti più specifici da parte dei cultori del diritto costituzionale (nella sua parte "sostanziale") si sono finora concentrati per lo più sul "consumo finanziario"⁶.

La situazione sopra descritta evidenzia come il coordinamento tra diritto commerciale e diritto costituzionale, nella materia *de qua*, presenti ancora ampi e fruttuosi margini di approfondimento. In particolare, parrebbe della massima utilità esaminare più attentamente l'interazione tra le suddette branche dell'ordinamento giuridico, in una prospettiva coordinata, con riferimento al governo delle banche quale strumento – se ben predisposto e attuato – di efficiente tutela del consumatore nella sua veste di utente dei servizi bancari (ovvero, *lato sensu*, finanziari).

Sinora, infatti, mentre gli studiosi di diritto commerciale solo sporadicamente sembrano trattare i risvolti giuspubblicistici nei loro elementi di dettaglio, le analisi dei costituzionalisti, dal loro canto, appaiono quasi sempre troppo astratte per poter essere utilmente impiegate nella soluzione dei problemi emergenti nella concreta pratica giuridica. Assunto, questo, che parrebbe trovare una significativa conferma (e un rilevante "banco di prova") proprio con riferimento al dovere degli amministratori degli enti creditizi di (diligentemente) agire in modo informato e approvare / definire / salvaguardare adeguati assetti societari (inclusivi del sistema dei controlli interni) nell'ambito del modello d'amministrazione cd. "tradizionale" della (singola e non quotata) società per azioni.

Tenuto conto che, come premesso, le problematiche attinenti al governo delle banche (ed alla declinazione dei doveri sopra individuati degli amministratori all'apice di tale governo) assumono significativa rilevanza nel più ampio contesto della tutela del risparmio e del credito e che, secondo una corretta ed ordinata progressione dell'analisi giuridica, necessitano di un preliminare inquadramento e approfondimento a livello costituzionale, verranno anzitutto analizzate, anche in

⁵ Per un approfondimento in ordine a tale ente v. P. DE VECCHIS, *Banca d'Italia*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, UTET, 1987, 151 ss. e R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, ed. V, 2012, 122 ss.

⁶ Cfr. ora in particolar modo, con specifico riferimento alla dimensione "finanziaria" del *consumerism*, F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza. Un'analisi costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019. Più in generale sul tema del consumo in ambito giuspubblicistico v.: M. CERIONI, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; F. PEDRINI, *Principi costituzionali in tema di consumo*, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2010; L. VESPIGNANI, *Produzione e consumo fra diritti e tutele*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Multiculturalismo, Comunicazione, Federalismo*, Torino, Giappichelli, 2005, 411 ss.; L. VIGNUDELLI, *Contrattazione telematica e intermediazione finanziaria*, Torino, Giappichelli, 2009, 211 ss.

un'ottica combinata, le disposizioni di cui agli artt. 41 e 47 Cost., essendo la banca un'impresa (fruite del principio della libertà di iniziativa privata sancito dal predetto art. 41 Cost., ma) esercente un'attività di rilevanza generale (in ragione dell'art. 47 Cost.)⁷.

La banca, in altri termini, sembrerebbe un'impresa volta non soltanto alla realizzazione di un interesse privato, ma al tempo stesso anche intrinseca portatrice di valori "pubblicistici" idonei a definire in un senso particolare i limiti e i fini giuridici del suo raggio di azione.

Tale inquadramento costituirà la premessa per indagare successivamente il fondamento costituzionale della potestà regolamentare della Banca d'Italia (che, secondo le finalità qui rilevanti, si è concretizzata nella emanazione di «Disposizioni di Vigilanza per le banche» – di seguito «Disposizioni di Vigilanza») al fine di valutare se detto potere sia o meno (e, nel caso, *quanto* sia) conforme alla Costituzione e se, in ragione dell'interesse generale connotante le attività economiche svolte dagli enti creditizi, sia possibile prevedere a carico dei relativi amministratori oneri più stringenti.

L'analisi condurrà più nello specifico (anche) a:

- riflettere in ordine al fondamento costituzionale delle specifiche regole previste dalla Banca d'Italia (nelle sue Disposizioni succitate) in ordine al governo societario, nonché alla possibile loro qualificazione in termini di strumento di tutela dell'interesse pubblicistico sotteso all'esercizio dell'attività bancaria (v. capitolo n. 1);
- comparare, nell'ottica di progressiva attuazione/specificazione del dettato costituzionale sopra delineato, i doveri degli amministratori di banche (di – diligentemente – agire in modo informato e definire / approvare / salvaguardare adeguati assetti societari, inclusivi del sistema dei controlli interni) che abbiano adottato il modello di amministrazione cd. "tradizionale" con quelli dell'organo amministrativo delle (singole) società azionarie non svolgenti attività creditizia (e nemmeno quotate) e, come tali, soggetti alla disciplina ordinaria (capitoli nn. 2 e 3);

⁷ Per una prima disamina di tali disposizioni, anche secondo il loro combinato disposto, v.: A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 582 ss.; A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, ed. VI, 2018, 557 ss.

- interrogarsi in un'ottica *constitutional oriented* sugli effetti, nel concreto operare della *governance* bancaria, delle peculiari regole suindicate⁸ (capitolo n. 3).

Le tematiche in esame verranno approfondite alla luce del preliminare inquadramento delle relative normative, tra le quali sono preminenti, come già rilevato, le disposizioni ricomprese nella cd. "Costituzione Economica" di cui agli artt. 41 e 47 Cost.⁹, dai quali si cercherà di ricavare anche uno "statuto" del risparmiatore come "utente dei prodotti finanziari" e di capire come esso (statuto) possa influire sulla ricostruzione della funzione costituzionale dell'impresa bancaria.

Operata una disamina delle citate norme e qualificato il loro rapporto, verrà quindi trattato il ruolo della Banca d'Italia e sarà in particolare esaminato il suo potere normativo in tema di governo delle banche – previa individuazione del suo fondamento costituzionale ed alla luce dell'art. 23, legge 28 dicembre 2005, n. 262, nonché dell'art. 53, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (di seguito «T.U.B.») –, con particolare riferimento alla circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 contenente le Disposizioni di Vigilanza, che sono state da ultimo aggiornate nel mese di settembre 2020 e che contengono (all'interno della parte prima, che ha recepito in Italia la direttiva europea cd. "CRD IV")¹⁰ il titolo IV dedicato a «Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi».

In una seconda fase, anche alla luce dell'inquadramento costituzionale e giuspubblicistico acquisito, verranno approfonditi in chiave sistematica, nell'ambito del sistema di amministrazione cd. "tradizionale" delle società per azioni (considerate senza una prospettiva di gruppo e non soggette a quotazione e vigilanza), i profili della disciplina codicistica relativi e connessi al dovere degli amministratori di agire in modo informato.

Più in particolare (previa esposizione dei principi orientativi e valutativi della diligenza richiesta ai consiglieri di s.p.a., nell'espletamento del loro operato, previsti

⁸ In dottrina, M. CERA, *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Riv. società*, 2015, 950 ss., ha avanzato perplessità sulla avvenuta creazione, ad opera della Banca d'Italia, di uno statuto-tipo delle banche che non tenga conto delle peculiarità di ogni istituto di credito.

⁹ Si rinvia sul tema al capitolo n. 1, paragrafo n. 1.2, specificando però sin d'ora che l'espressione "Costituzione economica" è oggetto di varie interpretazioni in dottrina.

¹⁰ Per la disamina dei rapporti tra diritto europeo ed ordinamento italiano in ordine al governo delle banche si richiama (nell'ambito dottrinario) V. CALANDRA BUONAURA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, in http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/43960/incontro_di_studio_del_10.07.15_-_intervento_di_vincenzo_calandra_buonaura.pdf

dall'art. 2392 c.c.¹¹), verrà esaminato il rapporto esistente tra il predetto dovere ed i compiti dei consiglieri deleganti e di quelli delegati sanciti dall'art. 2381 c.c. in ordine agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società¹² (considerando altresì la figura del presidente del c.d.a. quale “fulcro” dei rapporti tra i suddetti consiglieri), con approfondimenti anche alla luce *i.* del recente Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito «Codice della crisi») di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, *ii.* dei documenti (di natura tecnica) formati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili rilevanti per gli aspetti in esame, *iii.* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (di seguito «T.U.F.»), e *iv.* del Codice di *Corporate Governance*¹³ in vigore dal primo esercizio successivo al 31 dicembre

¹¹ V. al riguardo, per un preliminare approfondimento, A. DE NICOLA, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Egea-Giuffrè, 2005, 545 ss.

¹² L'argomento è stato oggetto di numerosi contributi in dottrina, tra cui si annoverano quelli di V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 5/I ss., nonché di A. DE NICOLA, *Commento all'art. 2381 c.c.*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Egea-Giuffrè, 2005, 99 ss.

¹³ In <https://www.borsaitaliana.it/comitato-corporate-governance/codice/2020.pdf>. Tale Codice, a differenza del previgente, prende l'avvio da «Definizioni» e, tra queste, per le finalità del presente elaborato (dedicato al sistema amministrativo cd. “tradizionale”), è compresa quella dedicata all'«organo di amministrazione», che (per quanto lì specificato) coincide con «il consiglio di amministrazione nelle società che adottano il modello tradizionale (...)». Sembra anche utile segnalare che il detto Codice è suddiviso in articoli aventi ciascuno due sezioni («Principi» e «Raccomandazioni»). Come indicato nel comunicato stampa del 31 gennaio 2020 del Comitato per la *Corporate Governance*, in www.borsaitaliana.it, sezione *Borsa Italiana*, sottosezione *Comunicati Stampa*, «le novità sostanziali del Codice seguono quattro direttrici fondamentali: sostenibilità, *engagement*, proporzionalità, semplificazione», che vengono lì descritte nei seguenti termini. Quanto alla prima direttrice (la «sostenibilità»), viene precisato che «il nuovo Codice intende stimolare le società quotate ad adottare strategie sempre più orientate alla sostenibilità dell'attività d'impresa: compito prioritario dell'organo di amministrazione è perseguire il *successo sostenibile* dell'impresa, definito quale obiettivo di creare valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti tenendo conto degli interessi degli *stakeholder* rilevanti per la sua attività. All'organo di amministrazione è attribuita la responsabilità di integrare gli obiettivi di sostenibilità nel piano industriale, nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e nelle politiche di remunerazione». Quanto alla seconda direttrice («*engagement*»), viene affermato che «il nuovo Codice raccomanda alle società quotate di sviluppare il dialogo con il mercato attraverso l'adozione di politiche di *engagement* complementari a quelle degli investitori istituzionali e dei gestori degli attivi. Un ruolo fondamentale di raccordo è attribuito al presidente del *board*, al quale il Codice affida il compito di sottoporre all'approvazione del *board* medesimo, d'intesa con il CEO, una politica per la gestione del dialogo con la generalità degli azionisti, assicurando una adeguata informativa al *board* sullo sviluppo e sui contenuti significativi del dialogo intervenuto con tutti gli azionisti». Quanto alla terza direttrice (la «proporzionalità»), viene osservato che «per favorire l'accesso alla quotazione delle società medio-piccole e di quelle a forte concentrazione proprietaria, l'applicazione del nuovo Codice è improntata a principi di flessibilità e di proporzionalità. Alcune raccomandazioni sono quindi indirizzate alle sole società grandi (società con capitalizzazione superiore a 1 miliardo di euro per tre anni solari consecutivi) mentre specifiche semplificazioni sono previste per le società a proprietà concentrata (società nelle quali uno o più soci dispongono, direttamente o indirettamente, della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria)». Quanto, infine, alla quarta direttrice (la «semplificazione»), viene rilevato che «il nuovo Codice presenta una struttura più snella, basata su *principi* che definiscono gli obiettivi di un

2020 (in sostituzione del Codice di Autodisciplina delle società quotate¹⁴, la cui ultima versione – ad oggi vigente – risale ad mese di luglio 2018).

Verrà altresì posta la questione se, ed eventualmente in che termini, agli amministratori delle società azionarie (nell’ambito del sistema d’amministrazione cd. “tradizionale”) possa o meno applicarsi la cd. “*business judgment rule*”¹⁵ (di seguito «BJR») rispetto agli obblighi sugli stessi gravanti per gli assetti societari (considerati nella loro interrelazione con il dovere di agire in modo informato in capo a tali amministratori).

In una terza fase, il complesso delle norme privatistiche precedentemente messe a sistema verrà rapportato alla valenza costituzionale e giuspubblicistica sottesa alle Disposizioni di Vigilanza emanate dalla Banca d’Italia per quel che riguarda gli specifici precetti relativi all’organizzazione della società (e al sistema dei controlli interni) dettati per gli istituti di credito. In questa chiave si approfondirà, altresì, la problematica – pure di rilievo costituzionale *ex art.* (11 e) 117 Cost. – attinente alla titolarità o meno in capo a tale istituto del potere di implementare, mediante la propria azione diretta, le norme di matrice europea contenute nella direttiva CRD IV. Operata tale analisi, si tenterà di effettuare una comparazione, relativamente ai profili della diligenza, degli assetti societari e dell’agire in modo informato, tra la posizione degli amministratori (sia esecutivi che non) dettata dal legislatore comune (per il sistema di amministrazione cd. “tradizionale”) e quella dei predetti amministratori nell’ambito della disciplina predisposta dalla Banca d’Italia, (disciplina) che – proprio *specificamente* in ragione dell’interesse giuspubblicistico ad essa sotteso – è

buon governo societario, e *raccomandazioni* soggette alla regola del “*comply or explain*”, mentre sono stati eliminati i *commenti*. Per agevolarne l’applicazione il Comitato intende avviare l’elaborazione di Q&A, da aggiornare periodicamente anche su istanza delle società aderenti». In ordine a quest’ultimo aspetto si pone in luce come in data 4 novembre 2020 il Comitato per la *Corporate Governance* abbia pubblicato «la prima raccolta di Q&A funzionali all’applicazione del nuovo Codice di *Corporate Governance*», reperibile in www.borsaitaliana.it, sezione *Borsa Italiana*, sottosezione *Comunicati Stampa*.

¹⁴ In www.borsaitaliana.it, sezione *Borsa Italiana*, sottosezione *Regolamenti* (v. *Corporate Governance*). Tale Codice è suddiviso per ciascun articolo in tre sezioni («Principi», «Criteri applicativi» e «Commento»).

¹⁵ V. al riguardo: C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, ed. II, 2006, 177 ss.; D. CESIANO, *L’applicazione della “Business Judgement Rule” nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, 941/II ss.; M. CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. comm.*, 2010, 129/II ss. (nota a Trib. Palermo, 13 marzo 2008, *ivi*, 121/II); P. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, 1167 ss.

tuttavia connotata (seppur legittimamente in un'ottica *constitutional oriented*) da un significativo distacco dalla normativa *ex art. 2381 c.c.* (con evidenti ricadute sulle responsabilità dei consiglieri delle s.p.a. bancarie, che, per la compagine non delegata, si presentano più gravose di quelle derivanti dalla normativa civilistica).

CAPITOLO 1

Consumo finanziario e impresa bancaria: aspetti giuspubblicistici della tutela del risparmiatore

§ 1.1 - Consumo finanziario: nozione e *favor* nella tutela

La presente analisi origina da una domanda giuridica fondamentale, se possa cioè affermarsi che la banca sia un'impresa "a statuto speciale", e a tale quesito offre una risposta netta di segno positivo: certamente sì, anzi, *deve* affermarsi così.

Le ragioni di tale specialità sono da ricercare e individuare negli interessi giuspubblicistici sottesi all'esercizio delle attività del credito e del risparmio praticate dagli istituti bancari¹⁶ e dotate anche di copertura costituzionale *ex art. 47 Cost.*¹⁷.

I suddetti interessi sono individuabili in quelli volti alla stabilità delle banche e alla protezione e competitività del mercato finanziario in generale, da cui deriva in via mediata la tutela dell'utente dei relativi prodotti e servizi, che viene perseguita anche con sistemi di *governance ad hoc* finalizzati a garantire una corretta trattazione (e assunzione) del rischio imprenditoriale¹⁸.

La tensione tra le due "anime" connotanti l'impresa bancaria (quale soggetto privato volto alla soddisfazione di interessi anche pubblici) emerge chiaramente anche solo

¹⁶ Osserva P. CORRIAS, *Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. civ.*, 2015, 618, che «(...) è da escludere la presenza di una attività bancaria in senso stretto ogni qual volta la raccolta del risparmio non si accompagni all'esercizio del credito e viceversa».

¹⁷ Sostengono, tra gli altri, la specialità della disciplina dell'impresa bancaria sulla base degli interessi pubblici implicati dalla stessa: G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 164; F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, 595. Si segnala al riguardo anche M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, 2019, 42/I, per il quale «in definitiva, in seguito all'approvazione del Testo unico bancario, le banche hanno assunto in modo definitivo il carattere di impresa, ancorché di impresa speciale sottoposta a una serie di obblighi e di vincoli funzionali all'obiettivo primario della stabilità del sistema bancario».

¹⁸ Il rischio (che è connesso a qualsiasi scelta imprenditoriale) costituisce un elemento così centrale per la normativa dedicata alle banche (che infatti è plasmata sullo stesso) da essere stato definito da F. SARTORI, *op. cit.*, 585 quale «(...) criterio essenziale che informa il "governo del credito" in tutte le fasi che lo caratterizzano».

considerando, tra le attività praticate dalla banca, quella concessiva del credito che, pur implicando scelte discrezionali dal punto di vista tecnico, per la sua funzione satisfattiva di interessi collettivi viene ritenuta vincolata, quanto alla sua libertà elargitiva, al principio di meritevolezza (nel senso che un utente degno di credito ha il diritto – e non la mera aspettativa – ad essere soddisfatto nella sua istanza creditoria a pena di condotta sanzionabile della banca stessa)¹⁹.

Il governo societario, come già rilevato, si pone come strumento utile per mantenere in armonia e equilibrio le due “anime” dell’attività bancaria, con conseguente beneficio, da ultimo (in un’ottica sistemica), del cd. “consumatore finanziario”.

Chi è però costui, di cui manca nella legislazione italiana, anche a livello costituzionale, una definizione?

Il quesito posto merita e necessita una risposta, in quanto si ritiene di poter trattare compiutamente e proficuamente il tema della *governance* delle banche (che presenta tratti così peculiari da rappresentare un “*unicum*” rispetto al governo societario delle “classiche” società per azioni)²⁰ solo con l’individuazione, dal lato passivo, del soggetto ultimo (ma non per questo meno importante) tutelato e garantito dalla stessa all’interno del sistema bancario (e finanziario, in senso lato)²¹.

Come ben noto, non sussiste nella Costituzione alcuna definizione né di ‘consumo’, né di ‘consumatore’, la cui codificazione sul piano interno è da attribuirsi al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (cd. Codice del Consumo), art. 3, comma 1, lett. a)²², con successiva riproposizione della stessa nell’art. 121, comma 1, lett. b), T.U.B.

Tuttavia, tale lacuna non può esimere l’interprete dal verificare se nel dettato costituzionale possano rivenirsi gli indici per radicare direttamente nella

¹⁹ In tal senso F. SARTORI, *op. cit.*, 598 ss.

²⁰ L. DONATO, *La specialità della società bancaria alla luce della nuova disciplina della vigilanza europea sulla governance*, in A. BRONZETTI (a cura di), *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il “futuribile”*, Milano, Giuffrè, 2016, 215 ss. riconosce la sussistenza dello «statuto speciale della banca» in ragione delle peculiari caratteristiche del relativo governo societario.

²¹ La rilevanza, in un’ottica sistemica, della dimensione personalistica (in cui includervi, tuttavia, non solo le persone fisiche, ma anche quelle giuridiche per quanto *infra* illustrato dalla scrivente) è stata messa in luce, peraltro con specifico riferimento ai temi qui trattati, da M. BERTOLISSI, *Crisi e riforma del sistema finanziario*. Appunti in tema di *governance* bancaria, in *Lo Stato*, 2015, 61, il quale ha osservato come «(...) nonostante tutto, anche in forza di ciò che prevede la Costituzione, al centro del sistema è posta la persona (art. 2)».

²² Con la norma in esame è stata proposta la seguente definizione di «consumatore o utente» (seppur ai fini del mero Codice del Consumo «ove non diversamente previsto»): «la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

Costituzione la protezione (che sarebbe in tale evenienza rafforzata) del “consumatore finanziario” (una volta individuata la definizione), che per certi versi (in un’ottica giuspubblistica) potrebbe rappresentare – ai fini della dell’indagine qui compiuta – lo scopo finale dell’impresa bancaria²³.

La verifica di cui sopra non rappresenta una novità per gli studiosi costituzionalisti, i quali da tempo stanno indagando la tematica in esame con esiti poliedrici.

Le diverse tesi dottrinarie formatesi in ordine a questi, complessi, temi, sono peraltro state illustrate, con dovizia di dettagli, in un corposo e approfondito studio recentemente edito, a cui ci si limita a rinviare anche per il meticoloso *excursus* storico delle stesse ivi svolto²⁴.

Di tale dottrina, tuttavia, per le finalità del presente elaborato, sembra meritevole di specifica esposizione la linea interpretativa del ‘consumo finanziario’ elaborata (e anche poi integrata) alla luce dell’attuale situazione socio-economica in cui il ‘risparmio’ è anche, e soprattutto, ‘investimento’²⁵.

Vi è chi, argomentando sulle fattispecie limitative della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost., comma 2, coincidenti, come ben noto, nella «utilità sociale», «sicurezza», «libertà» e «dignità umana», ha individuato elementi di unificazione preferenziale tra la seconda delle suddette fattispecie e il ‘risparmio’ di cui all’art. 47, comma 1 (da considerarsi – nella tesi dell’Autore in esame – anche come investimento), e proposto dunque ai fini in esame la definizione di ‘consumatore finanziario’ quale «risparmiatore come utente di servizi finanziari»²⁶.

²³ L’adozione di una prospettiva soggettiva, volta all’individuazione del ‘consumatore finanziario’, è motivata sulla base delle ragioni indicate nel successivo paragrafo n. 1.2). In ogni caso, per un approfondimento sulla dimensione soggettiva ovvero oggettiva in cui indagarsi il fenomeno consumeristico si rinvia a F. PEDRINI, *Principi costituzionali in tema di consumo*, cit., 53 ss..

²⁴ Ci si riferisce a F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza. Un’analisi costituzionale*, cit.

²⁵ Evidenzia l’incidenza del substrato sociale ai fini interpretativi della Costituzione (proprio in un’ottica di approfondimento dell’art. 47 Cost.) P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant’anni dall’approvazione dell’art. 47 della Costituzione*, conferenza tenuta a Roma, ABI, Palazzo Altieri, 19 maggio 2017, 5, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Risparmio.pdf, secondo cui «le “costituzioni” sono come viventi espressioni di tutto questo: della continuità e della discontinuità contemporanee, della stabilità e del mutamento, della vita che si trasforma su se stessa».

²⁶ Così L. VIGNUDELLI, *op. cit.*, 228 ss. Già nel 2005, tuttavia, L. VESPIGNANI, *op. cit.*, 420 ss., anch’egli nell’ambito della cd. “corrente modenese”, aveva desunto «(...) una copertura costituzionale per il consumatore in quanto utente di servizi bancari ed acquirente di prodotti finanziari, a sua volta costruita a partire (dai limiti stabiliti) dall’art. 41 Cost. attraverso la tecnica del combinato disposto (con l’art. 47 Cost.), (...)».

Vi è poi chi, in epoca successiva, valorizzando i beni costituzionali della ‘sicurezza’ e della ‘dignità umana’ di cui all’art. 41 Cost., nonché la lettura combinata tra loro delle definizioni proposte dal Codice del Consumo e dal T.U.F. (al relativo art. 1, lett. m-*duodecies*), rispettivamente, di «consumatore» e di «clienti al dettaglio o investitori al dettaglio», ha integrato il precedente orientamento e ritenuto estesa la tutela fondata sull’art. 47 Cost. ai consumatori finanziari (risparmiatori/investitori) che non siano solo le «(...) persone fisiche che concretamente non agiscano per finalità imprenditoriale o professionale (...) *ma (ndr)* anche le persone giuridiche e/o determinati imprenditori (non automaticamente dotati di esperienza e competenza in ambito finanziario)»²⁷.

Anche recentemente, la «sovrapposizione» fra risparmiatore/investitore «inconsapevole»/consumatore di servizi finanziari è stata riproposta per principali ragioni di tutela (anche sul piano informativo) del contraente debole nei rapporti con la controparte professionale²⁸.

Le teorie giuspubblicistiche sopra (succintamente) illustrate in ordine al “consumatore finanziario” (da intendersi nella sua duplice veste di risparmiatore e “piccolo” investitore sia quale persona fisica, sia quale persona giuridica nell’accezione teorica suindicata) manifestano tutta la loro utilità e pregevolezza laddove si consideri che il fenomeno consumeristico qui esaminato, pur *potendo* essere oggetto di legislazione ordinaria (modificabile in quanto tale secondo il comune *iter* parlamentare), *deve* essere regolamentato nei suoi aspetti di protezione di coloro che vi partecipano come utenti, e ciò in base alle connesse esigenze di «normazione costituzionalmente necessaria»²⁹ precipitate dal quadro giuspubblicistico sopra delineato.

Attraverso l’interpretazione del dato normativo da parte della dottrina sembra emergere con chiarezza un atteggiamento di *favor* nei confronti del consumatore finanziario, il quale beneficia di *humus* costituzionale per la (legittimità della) tutela dei propri diritti.

La linea dottrinarina tracciata nei termini di cui sopra verso la maggior tutela del contraente debole nel rapporto di consumo finanziario è del resto confortata e

²⁷ F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza. Un’analisi costituzionale*, cit., 300 ss..

²⁸ Così O. PINI, *La precettività del valore del risparmio nella tutela del risparmiatore o «consumatore di servizi finanziari»*, in *Rivista AIC*, 2019, 180 ss.

²⁹ L. VIGNUDELLI, *op. cit.*, 259 ss.

consolidata da quella giurisprudenza formatasi, nelle controversie tra banca/cliente, sulla nullità della fideiussione *omnibus* bancaria³⁰ riproponente il cd. “modello ABI” del 2003 (di seguito meglio indicato).

Perché la scelta, tra le tante, di questa specifica problematica giudiziale per dimostrare l’attenzione e la protezione che oggi vengono rivolte al consumatore finanziario?

Perché tale problematica e la sua soluzione offerta dalla giurisprudenza maggioritaria (come sembra essere), ad avviso di chi scrive, offrono evidenza e concretezza alla posizione di maggior favore di cui gode oggi il consumatore finanziario proprio con riferimento alla tipica attività creditizia praticata dagli istituti bancari (essendo la fideiussione in esame volta ad agevolare l’accesso al credito con conseguente destinazione, sotto forma di finanziamento, del risparmio bancario)³¹.

Sembra a questo punto utile sintetizzare di seguito, per ragioni di opportuna storicità e maggior comprensione, le ragioni del *casus belli*.

Nel mese di ottobre 2002 veniva stipulato un protocollo di intesa tra l’Associazione Bancaria Italiana (di seguito «ABI»³²) e varie associazioni dei consumatori, con il quale veniva definito lo «Schema di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie

³⁰ Codesto rapporto negoziale consiste, secondo la definizione resa da G. PASCALE, *Fideiussione omnibus*, in R. CLARIZIA (a cura di), *Garanzie reali e personali. Costituzione, tutele sostanziali e strategie processuali*, Padova, Cedam, 2011, 225 ss. nella «garanzia prestata a favore delle banche non per singole obbligazioni né per un tempo determinato, bensì per tutte le obbligazioni, anche future rispetto alla stipulazione del contratto fideiussorio, derivanti da operazioni bancarie di qualsiasi natura concluse dal debitore principale o da chi gli sia subentrato».

³¹ Tale concetto è ben chiaro in dottrina, benché non manchino opinioni contrarie, come rilevato da A. DI BIASE, *La validità e l’estinzione della fideiussione*, in V. CUFFARO (opera diretta da), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Zanichelli, Torino, 2014, 74 ss., il quale ha precisato che il contratto *de quo* «(...) persegue nella prassi una funzione economico-sociale meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., in quanto fonda la propria ragione giustificativa, non tanto e non solo nella garanzia del credito, quanto nella promozione dell’accesso al credito, cioè nel consentire la possibilità di ottenere a vario titolo un finanziamento ad un soggetto che altrimenti ne sarebbe privato. La garanzia in esame, infatti, favorendo l’accesso del soggetto terzo garantito alle più diverse prestazioni bancarie delle quali intenda avvalersi (...) consente e facilita, in un’ultima analisi, la protezione dell’esercizio del credito, che è attività di rilevanza costituzionale».

³² Tale associazione, secondo l’attuale definizione dalla medesima resa in www.abi.it, sezione *ABI*, è «(...) una associazione volontaria senza finalità di lucro che opera per promuovere la conoscenza e la coscienza dei valori sociali e dei comportamenti ispirati ai principi della sana e corretta imprenditorialità, nonché la realizzazione di un mercato libero e concorrenziale. L’ABI – quale Associazione volontaria di banche e intermediari finanziari – è estranea all’attività bancaria compiuta dai propri Associati, non possiede banche dati relative ai rapporti bancari intrattenuti con la clientela e non riceve alcuna comunicazione da parte delle autorità».

(Fideiussione *omnibus*)»³³, poi sostituito nel mese di luglio 2003 con una nuova versione³⁴.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito «AGCM»), ai sensi dell'art. 20 (oggi abrogato) della legge 10 ottobre 1990, n. 287, rendeva il proprio parere/provvedimento n. 12400 del 22 agosto 2003 su tale nuovo schema³⁵, che, previamente dalla stessa qualificato come fattispecie soggetta all'art. 2, comma 1, della suddetta legge³⁶ (in quanto «deliberazione di un'associazione di imprese» quale veniva considerata l'ABI), rimetteva alla Banca d'Italia per ogni valutazione in merito alla sussistenza o meno, anche rispetto alla «concreta applicazione delle condizioni di contratto in esame», di «eventuali violazioni» ai sensi del suddetto art. 2.

La Banca d'Italia, investita quindi della questione (per la funzione di tutela della concorrenza nel settore del credito all'epoca dalla medesima esercitata, che oggi è deferita all'AGCM), avviava nel mese di novembre 2003 la propria attività istruttoria ai sensi della l. n. 287/1990, artt. 2 e 14, ed emetteva a conclusione della stessa il suo provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005³⁷, con il quale, previamente constatando (tra l'altro) che:

³³ Tale schema veniva reperito dalla scrivente attraverso la Circolare ABI del 26 maggio 2003, nella quale era inserito il «Modulo di prenotazione n. 1003», con cui si poteva acquistare, seguendo le indicazioni lì riportate, il suddetto schema.

³⁴ Il nuovo schema, nonostante le ampie ricerche compiute dall'esponente, non veniva tuttavia (e purtroppo) acquisito, ma il suo contenuto è largamente richiamato nel provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia *infra* richiamato nel testo.

³⁵ Il parere/provvedimento è consultabile in www.agcm.it, sezione *Competenze*, sottosezione *Tutela della concorrenza* (v. in *Delibere*).

³⁶ Come noto, l'art. 2, comma 1, della legge n. 287/1990, prevede che «sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi». L'art. 2 dispone poi al relativo, successivo, comma 3 che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».

³⁷ Il provvedimento è pubblicato in www.bancaditalia.it, sezione *Compiti*, sottosezione *Vigilanza sul sistema bancario e finanziario* (v. *Avvisi e comunicazioni*). In ordine alla portata dello stesso si è anche espressa recentemente la Corte di Cassazione, che, nella sua sentenza 22 maggio 2019, n. 13846, in www.cortedicassazione.it, sezione *Servizio online* (v. *SentenzeWeb*) ha formulato il seguente principio di diritto: «In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art. 2 l. n. 287/1990, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle

- «le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”, in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90»;
 - vi è «un elevato numero di banche associate all'ABI», che per consolidata prassi bancaria adottano la «standardizzazione contrattuale» della stessa ABI;
 - con riferimento allo specifico contenuto dello schema oggetto di analisi, «(...) la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'articolo 1957 cod. civ. e (...) le c.d. clausole di “sopravvivenza” della fideiussione (...) hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa»;
- assumeva che le disposizioni contenute nello schema ABI ed inerenti alle clausole sopra criticate, «nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90»³⁸.

Dal punto di vista giudiziale e giurisprudenziale la questione della nullità o meno della fideiussione *omnibus* conforme allo schema censurato dalla Banca d'Italia (nei termini esposti) aveva origine nell'anno 2010 con la proposizione, avanti alla Corte d'Appello di Venezia, di un'azione di nullità e risarcimento del danno (*ex l. n. 287/1990*, artt. 2 e 3) da parte di un soggetto che lamentava la stipula, con una nota banca, di un contratto fideiussorio affetto dalla suddetta conformità.

La Corte d'appello veneziana, con la sua sentenza 1° giugno 2013, n. 1287³⁹ rigettava tuttavia l'azione spiegata, motivando la decisione con l'anteriorità della stipula della fideiussione al suo vaglio rispetto al provvedimento della Banca d'Italia

banche, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui all'art. 19, comma 11, l. n. 262/2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario».

³⁸ Illustra (seppur in sintesi) i provvedimenti dell'AGCM n. 12400/2003 e della Banca d'Italia n. 55/2005, anche in un'ottica di confronto tra loro, E. BRODI, *L'applicazione del diritto antitrust nei settori speciali «tradizionali» (bancario e assicurativo). Anni 2003, 2004, 2005 e primo semestre 2006*, in *Concorrenza e mercato*, 2005-2006, 149 ss.

³⁹ La scrivente ha potuto consultare la sentenza in esame acquisendola direttamente per ragioni di studio.

ed evidenziando che «soltanto il mancato adeguamento dell'ABI (...) al provvedimento della Banca d'Italia deve ritenersi illegittimo ed idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente».

Tale sentenza veniva tuttavia impugnata avanti alla Corte di Cassazione, che con la sua ordinanza 12 dicembre 2017, n. 29810⁴⁰, confutava la decisione veneziana e, previamente individuando il campo della nullità ai sensi della legge n. 287/1990, art. 2, comma 3, in quello di tutte le intese (da intendersi, nelle sue assunzioni in esame, sia quali «contratti in senso tecnico», sia quali «comportamenti “non contrattuali” o “non negoziali”») volte a distorcere la concorrenza (o «competizione di mercato»), nonché il soggetto destinatario della tutela così appontata nel «consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato», riteneva che la specifica intesa tra imprese bancarie già vagliata dalla Banca d'Italia fosse stata (con probabilità) consumata prima della stipula della fideiussione oggetto della sua disamina.

Il giudice di legittimità, all'esito delle proprie considerazioni, formulava quindi il seguente principio di diritto: «In tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990, la stipulazione “a valle” di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse “a monte” (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato [nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi degli artt. 14 e 20 della L. n. 287 del 1990 (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la legge n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2006)] a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscono la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza».

⁴⁰ La pronuncia è consultabile in www.cortedicassazione.it, sezione *Servizio online* (v. *SentenzeWeb*), ed è anche pubblicata in *Giur. comm.*, 2019, 571/II, con nota di S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto “a valle” nel diritto antitrust*, *ivi*, 575/II.

Sulla base del suddetto principio di diritto la sentenza impugnata veniva quindi cassata e la causa veniva rinviata alla Corte d'Appello di Venezia in diversa composizione «per un nuovo esame della materia litigiosa».

Nel solco cassazionista come sopra tracciato hanno trovato terreno fertile varie pronunce di merito⁴¹ (espressive di una corrente adesiva al principio di diritto suesposto degli Ermellini, rispetto a cui non sono mancate tuttavia critiche⁴²), che sembrano consolidare quell'atteggiamento di favore emergente a più livelli sistemici (normativi, interpretativi e applicativi – ivi inclusi in questi ultimi anche gli ambiti della giustizia amministrativa e di quella arbitrale⁴³) nei confronti del consumatore finanziario.

⁴¹ Si segnalano a mero titolo esemplificativo i seguenti provvedimenti di merito: App. Bari, 21 marzo 2018, n. 526, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*); Trib. Roma, 26 luglio 2018 (ord.), in *Banca borsa tit. credito*, 2020, 103, con nota di F. SCHIAVOTTIELLO, *Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle di un'intesa vietata*, *ivi*, 110 (commento inerente anche a Trib. Rovigo, 9 settembre 2018 – ord. – e Trib. Treviso, 7 giugno 2018); Trib. Salerno, 23 agosto 2018, n. 3016, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*), che (nell'ottica giuspubblicistica privilegiata nella presente tesi di dottorato) nel giustificare il suo orientamento adesivo all'ordinanza n. 29810/2017 della Corte di Cassazione osserva (tra l'altro) come il contratto fideiussorio al suo esame, riproponente le clausole del cd. “modello ABI già oggetto degli accertamenti compiuti dalla Banca d'Italia nel suo provvedimento n. 22/2005, determini l'operatività della protezione (ossia, della nullità) approntata dalla Legge cd. “Antitrust”, avendo tale «(...) tutela effettiva per il contraente debole sotto il profilo concorrenziale (...) il suo fondamento nei principi fondamentali, comunitari e costituzionali. In particolare l'art. 41 della Costituzione contempera la libera iniziativa economica con il limite dell'utilità sociale, nel senso che la prima deve intendersi inscindibilmente connessa ai valori personalistici e solidaristici»; Trib. Taranto, 8 agosto 2019, n. 2127, *ivi*; Trib. Salerno, 5 febbraio 2020, n. 480, *ivi*; Trib. Imperia, 14 maggio 2020, n. 238, *ivi*.

⁴² V. Trib. Treviso, 26 luglio 2018, n. 1623, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*).

⁴³ Con riferimento a codesti ambiti si ritiene utile segnalare i seguenti due profili, che, pur nella loro eterogeneità, sono chiaro indice, ad avviso di chi scrive, dell'ampio spettro del *favor* che viene oggi riconosciuto al consumatore finanziario. (1) Nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario (che è uno strumento alternativo di risoluzione delle liti tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari) sembra essersi ad oggi consolidato il principio secondo cui al fideiussore non può estendersi automaticamente la qualifica soggettiva del debitore principale, dovendosi invece considerare e valutare di volta in volta le ragioni sottese alla costituzione del vincolo fideiussorio per la sussunzione del garante sotto la categoria del professionista o di quella del consumatore (con conseguente operatività, in favore di quest'ultimo, della tutela approntata dal cd. Codice del Consumo). V. in questi termini (contrari alla teoria del c.d. «professionista di rimbalzo»): ABF, Collegio di Roma, 26 luglio 2013, n. 4109, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*, sezione *Decisioni*; ABF, Collegio di Coordinamento, 8 giugno 2016, n. 5368, *ivi*, con cui viene (peraltro) ampiamente illustrato il principio in esame anche alla luce del recente (seppur indiretto) avallo (e sviluppo) dello stesso da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea con l'ordinanza 19 novembre 2015, causa C-74/2015, in *Banca borsa tit. credito*, 2017, 269, con note di M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, *ivi*, 281, e di L. VIZZONI, *Cassazione e vicenda fideiussoria: fra qualifica soggettiva del garante e abusi del creditore*, *ivi*, 290 (di commento anche della successiva ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 settembre 2016, causa C-534/2015, *ivi*, 269). Tale avallo si è già consolidato nella giurisprudenza comunitaria (con Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 settembre 2016, causa C-534/2015, *cit.*)

Il fondamento giuspubblicistico di questa tutela “rafforzata”, sempre in un’ottica di valorizzazione del *casus belli* originatosi nell’anno 2005 sulle fideiussioni *omnibus* (rappresentanti, per chi scrive, valido ed attualissimo banco di prova della maggior protezione oggi beneficiata dalla controparte debole dell’atto di consumo finanziario) pare godere di solide radici anche negli stessi principi sottesi alla

ed in quella di merito, tra cui si rammenta Trib. Brescia, 22 maggio 2018, n. 1548, in www.ilcaso.it, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*); ABF, Collegio di Milano, 27 settembre 2016, n. 8296, in www.arbitrobancariofinanziario.it, sezione *Decisioni*. (2) Il Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4712 (ord.), in www.giustizia-amministrativa.it, sezione *Decisioni e Pareri*, nel definire la lite insorta tra il correntista di una banca soggetta a liquidazione coatta amministrativa, la banca stessa e la Banca d’Italia in merito alla possibilità, per il primo, di acquisire presso quest’ultima la documentazione correlata all’attività di vigilanza compiuta sull’istituto sottoposto a procedura e che sia dal medesimo correntista ritenuta necessaria per l’esercizio in giudizio delle proprie ragioni contro la seconda, svolgeva le seguenti, rilevanti, considerazioni: • affermava innanzitutto (ed in via generale) che «nell’ordinamento italiano la posizione giuridica soggettiva di chi chiede l’accesso a documenti di una amministrazione pubblica o di altro ente od organismo equiparati ha ormai assunto natura e spessore di diritto pieno» e che «tra diverse fattispecie di accesso, una è stata individuata come particolarmente significativa, ossia quella dell’accesso per finalità c.d. defensionale, preordinato a valutare in anticipo (e prospettivamente), sulla scorta dei documenti acquisiti, termini e condizioni di una appropriata tutela nelle competenti sedi giurisdizionali»; • rimetteva alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione pregiudiziale se l’art. 53, par. 1, della direttiva europea 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 (disponente il superamento del segreto professionale relativo all’attività di vigilanza bancaria soltanto nell’ambito di procedimenti civili o commerciali) fosse interpretabile (alla luce di un più complesso quadro normativo europeo) «(...) nel senso che l’accesso possa essere consentito, in caso di istanza in tal senso proposta successivamente alla sottoposizione dell’istituto bancario alla procedura di liquidazione coatta amministrativa anche laddove l’istante non faccia richiesta d’accesso esclusivamente nell’ambito di procedimenti civili o commerciali effettivamente instaurati per la tutela di interessi patrimoniali rimasti pregiudicati a seguito della sottoposizione dell’istituto bancario alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, bensì anche nel caso che tale istante adisca, proprio al fine di verificare la concreta proponibilità di tali procedimenti civili o commerciali, in via preventiva rispetto ad essi, un’autorità giurisdizionale abilitata dallo Stato nazionale a tutelare il diritto di accesso e di trasparenza proprio in ragione della tutela piena del diritto di difesa e di azione, (...)». La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sez. V, con la sua sentenza del 13 settembre 2018, causa C-594/2016, in *Giur. comm.*, 2019, 949/II, con nota di D. PALAZZO, *Diritto d’accesso e segreto d’ufficio nell’ambito della vigilanza bancaria*, *ivi*, 955/II, rendeva quindi la pronuncia richiestale dal Consiglio di Stato e così dichiarava: «L’articolo 53, paragrafo 1, della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (...) dev’essere interpretato nel senso che esso non osta a che le autorità competenti degli Stati membri divulgino informazioni riservate a una persona che ne faccia richiesta per poter avviare un procedimento civile o commerciale volto alla tutela di interessi patrimoniali che sarebbero stati lesi a seguito della messa in liquidazione coatta amministrativa di un ente creditizio. Tuttavia, la domanda di divulgazione deve riguardare informazioni in merito alle quali il richiedente fornisca indizi precisi e concordanti che lascino plausibilmente supporre che esse risultino pertinenti ai fini di un procedimento civile o commerciale, il cui oggetto dev’essere concretamente individuato dal richiedente e al di fuori del quale le informazioni di cui trattasi non possono essere utilizzate. Spetta alle autorità e ai giudici competenti effettuare un bilanciamento tra l’interesse del richiedente a disporre delle informazioni di cui trattasi e gli interessi legati al mantenimento della riservatezza delle informazioni coperte dall’obbligo del segreto professionale, prima di procedere alla divulgazione di ciascuna delle informazioni riservate richieste».

medesima attività giudiziale che si esplica nella fase patologica delle garanzie in esame.

Tale affermazione è sostenibile già solo considerando la giustificazione/finalità del potere officioso del giudice di rilevare la nullità delle dette garanzie (da inquadrarsi nell'ambito, più ampio, delle cd. "nullità di protezione"⁴⁴) ai sensi della l. n. 287/1990, commi 2 e 3, da ritenersi «(...) essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti – quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost. e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica –, con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela»⁴⁵.

Poiché dunque, come illustrato, la tutela del consumatore finanziario (o, in senso stretto, di prodotti e servizi bancari ai fini del presente elaborato), per la sua rilevanza costituzionale, orienta e plasma (nello specifico) vari profili del diritto nella sua concreta applicazione, sembra opportuno e necessario analizzare in un'ottica invece generale (ma pur sempre giuspubblicistica) i "profili di contorno" delle attività del risparmio e del credito, con conseguente approfondimento della cd. "Costituzione Economica" (e, in particolare, degli artt. 41 e 47 nella stessa compresi).

§ 1.2 - La tutela del risparmiatore come fine giuspubblicistico dell'impresa bancaria alla luce della cd. "Costituzione Economica"

⁴⁴ Per una disamina di tale nullità (anche – e soprattutto – nel suo rapporto con la buona fede) si rinvia a F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015, 540 ss.

⁴⁵ La statuizione è di Cass., 19 febbraio 2020, n. 4175, in www.cortedicassazione.it, sezione *Servizio online* (v. *SentenzeWeb*), che ha in tal modo argomentato nella sua decisione (pur) di rigetto dell'impugnativa spiegata da due fideiussori che lamentavano la nullità, per conformità al cd. "modello ABI", delle garanzie da loro prestate (essendo la relativa eccezione, per mancata proposizione nei precedenti gradi di giudizio, ritenuta «(...) priva degli elementi necessari per poterla rilevare d'ufficio sulla base degli elementi fattuali sin qui acquisiti e discussi tra le parti»).

In un'ottica giuspubblicistica generale, con l'espressione 'Costituzione economica' ci si riferisce (nell'ambito del diritto di ogni Stato) alle fattispecie che, nei principi fondamentali, hanno ad oggetto i sistemi produttivi e distributivi della ricchezza⁴⁶.

Dal punto di vista, invece, dell'ordinamento italiano, con la detta espressione si richiama il Titolo III della Parte I dedicato, nella nostra Carta fondamentale, ai «Rapporti Economici», con conseguente rinvio ai relativi artt. 35 – 47, inerenti principalmente, sotto vari profili, al lavoro, all'iniziativa economica, alla proprietà e alle attività del risparmio e del credito⁴⁷.

⁴⁶ V. G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2011, 159, il quale a chiare lettere afferma che «per "costituzione economica" si deve intendere l'insieme dei principi fondamentali sui quali si basano in un ordinamento giuridico (per eccellenza, quello statale) i particolari istituti giuridici che reggono i processi di produzione e distribuzione della ricchezza» e che, tra l'altro, propugna un'interpretazione di tali principi sulla base dei «(...) concreti bisogni collettivi del presente e del futuro: occorre piegare il significato delle formule del testo al servizio di valori di civiltà realizzabili nelle condizioni del momento storico, anche al di là di quale fosse il significato delle formule in origine o quello qualsiasi da esse in seguito acquisito per prassi». *Contra* all'individuazione (già a livello ontologico) di una 'Costituzione economica' tra le disposizioni della nostra Carta fondamentale (in ragione del continuo mutamento dei tempi e della dinamica modifica delle «figure», dei «perimetri» e delle «aree») P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, in www.cortecostituzionale.it, sezione *Archivio*, sottosezione *Gli altri interventi dei Presidenti*, 5, che motiva nei seguenti termini la propria posizione: «le "costituzioni" – proprio nella loro irriducibile molteplicità, che potrebbero sconsigliare riferimenti a "costituzioni", per così dire, solo di "settore" (e così anche solo a una "costituzione economica") – si occupano non già soltanto dell'apparato formale dei diritti e dei doveri dei "cittadini", ma della condizione effettiva di vita delle "persone" (...). In questa prospettiva, i loro equilibri o, piuttosto, le loro "armonie", non sono mai di tipo geometrico e non sono statici: le figure – metafore di spazi di esperienza – non sono regolari, i perimetri non sono esatti, e neppure le aree; essi si ridefiniscono continuamente, nel gioco di innumerevoli spinte e contropinte. Fisiologicamente cambiano, in relazione al tempo che cambia, alle generazioni che si intrecciano, si sovrappongono e si succedono, alle loro sensibilità, ai bisogni, ai gusti, a quelli di tutti, a quelli dei più, a quelli di ciascuno. Cambiano i valori, i significati delle cose, quindi anche le cose: non sono mai le stesse cose. Cambiano le passioni, le ragioni, le aspirazioni, le aspettative, i programmi, le promesse, i sogni, i simboli. Cambiano i processi attraverso i quali tutto ciò, e molto altro ancora, può, nello spazio pubblico e in quello privato, emergere alle intelligenze e alle coscienze e farsi opportunamente riconoscere. Cambiano le procedure, i modi, i circuiti, i luoghi della comunicazione e dello scambio, cambiano le parole. Cambiano le istituzioni e ciò che appare nuovo si innesta nel tessuto di ciò che appare antico: nel gioco della memoria, ma insieme dell'immaginazione. Le "costituzioni" sono come viventi espressioni di tutto questo: della continuità e della discontinuità, della stabilità e del mutamento, della vita che si trasforma su se stessa».

⁴⁷ Per una saliente illustrazione dei diritti in esame v. A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit., 557 ss. Sembra altresì utile rammentare come agli artt. 41 – 47 Cost., S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Editori Laterza, ed. V, 2012, 1, riferisca la prima delle tre accezioni di "Costituzione economica" che lo stesso propone, asserendo più precisamente al riguardo che «in un primo senso, "costituzione economica" può essere intesa come formula riassuntiva delle norme della Costituzione in senso formale sui rapporti economici e, quindi, per quanto riguarda quella italiana, come formula breve per far riferimento agli artt. 41 e 43 della Costituzione, relativi all'impresa, 42 e 44, relativi alla proprietà, nonché alle norme speciali, quali, ad esempio, quelle relative alla cooperazione o al risparmio (artt. 45 e 47 della Costituzione)». Quanto agli ulteriori significati dell'espressione in esame, l'Autore, *ivi*, 2, sostiene che vi «(...) è un altro significato di "costituzione economica": non solo analisi delle norme costituzionali e delle leggi, ma anche analisi dei mutamenti dell'opinione pubblica. L'ultima accezione di "costituzione economica" è quella che allarga lo sguardo anche agli

Tra questi articoli, per le finalità del presente elaborato, assumono particolare rilevanza quelli inerenti all'iniziativa e alle attività di cui sopra (trattasi, rispettivamente, degli artt. 41 e 47 Cost.), che sono al centro di vari dibattiti originatisi sul loro contenuto e sul loro (eventuale) coordinamento.

Avviando l'analisi dal primo dei suddetti articoli (art. 41), è stato autorevolmente osservato che esso: al comma 1, prospetta in termini di libertà il diritto d'iniziativa economica privata, ovvero, *rectius*, il diritto d'impulso dell'attività economica (dovendosi escludere dal campo operativo della norma il lavoro subordinato); ai commi 2 e 3, esenta l'iniziativa da vincoli, prevedendone solo la non contrarietà, nella fase esecutiva, ai limiti lì indicati (dell'«utilità sociale», della «sicurezza», della «libertà» e della «dignità umana») ovvero previsti dal legislatore «a fini sociali» (nell'ambito della programmazione pubblica, da intendersi quale mero indirizzo)⁴⁸.

Già da questa primissima analisi della norma emerge, da un lato, il granitico collegamento della stessa con la proprietà privata⁴⁹, e, dall'altro lato, la rilevante problematica (ai fini che interessano il presente scritto) sottesa al rapporto tra codesta disposizione e quella dell'art. 47 Cost., dovendosi indagare come tali due norme (eventualmente) interagiscano tra loro.

Per rispondere a questo quesito è tuttavia necessario effettuare la preliminare analisi dell'art. 47 Cost., che (come ben noto) contempla le attività del risparmio e del credito, che sono fondamentali per l'esistenza e lo sviluppo della stessa società⁵⁰.

aspetti amministrativi. Lo studio del diritto non deve fermarsi alla Costituzione e alla legislazione, ma deve considerare anche, ad esempio, le circolari, evidenziando il divario tra la Costituzione in senso formale, la legislazione e la prassi applicativa».

⁴⁸ A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit., 566 ss., a cui si rinvia anche per la prospettazione di tesi contrarie a quella esposta nel testo. Quanto all'«emarginazione del lavoro subordinato dal medesimo art. 41» cfr. anche A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 591, che interpreta altresì, in linea con quanto esposto da chi scrive, l'espressione «iniziativa» di cui all'art. 41, comma 1, Cost. in termini di «investimento» (*ivi*, 594). Per un approfondimento, invece, delle clausole generali della «utilità sociale», della «sicurezza», della «libertà», della «dignità umana» e dei «fini sociali» si rinvia allo studio di F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013, *passim*, ma part. 297 ss.

⁴⁹ L'assunto aderisce alle osservazioni di P. RESCIGNO, *Sulla Costituzione economica*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2014, 157, secondo cui «tra iniziativa economica privata e proprietà dei privati è di piena evidenza la stretta relazione, poiché la disponibilità e l'uso di beni è indispensabile condizioni per l'esercizio dell'iniziativa; (...)». La vicinanza e la rilevanza, nella cd. «Costituzione economica», dei due suddetti diritti sono anche evidenziati da A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., 591 ss.

⁵⁰ Sostiene M. BERTOLISSI, *Tutela del risparmio e disciplina del credito come problema costituzionale*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2014, 215, che «da che mondo è mondo, il denaro si raccoglie per fare credito e, attraverso l'impiego

Benché ad oggi la relazione tra risparmio e credito sia meno stringente che in passato (per la sussistenza di altre forme di destinazione del medesimo risparmio, tra cui si rammentano in particolare il mercato mobiliare e quello assicurativo)⁵¹, tale relazione mantiene comunque una posizione privilegiata data la centralità di entrambi nel ciclo finanziario⁵².

La diade in esame (essendo tale per l'espresso dato testuale della nostra Carta fondamentale) può tuttavia intendersi come triade, in cui il terzo elemento è rappresentato dalla "moneta", e ciò è sostenibile anche solo considerando il precetto testuale di cui all'art. 117, comma 1, lett. e), Cost., in cui vengono accostati tra loro, quali «materie» riservate alla legislazione esclusiva dello Stato, «moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari»⁵³.

L'ordinamento europeo, che deve intendersi *ex se* evocato nella suddetta disposizione, dovendosi valorizzare il potere legislativo statale anche per i relativi profili di attuazione e recepimento della normativa dell'Unione Europea⁵⁴ (che ha peraltro – e come ben noto – istituito una politica monetaria comunitaria, con predisposizione – anche – di un sistema di vigilanza accentrato a livello europeo)⁵⁵, ha contribuito a plasmare (soprattutto con i suoi interventi sul fenomeno consumeristico) l'interpretazione (o comunque, se si preferisce, l'attuazione)

nel credito, per remunerare il risparmio. Questa è, a ben vedere una componente essenziale e naturale di qualunque società».

⁵¹ Così M. BERTOLISSI, *op. cit.*, 217 ss.

⁵² O. PINI, *op. cit.*, 171, osserva al riguardo che «in estrema sintesi, può affermarsi che la *ratio* da attribuire alla norma, e specialmente al suo primo comma (...), sia quella di porre al centro della protezione il risparmio non in quanto tale, ma in quanto correlato al credito, entrambi quali componenti essenziali ed imprescindibili del ciclo finanziario, a garanzia della liquidità monetaria e del complessivo equilibrio economico ordinamentale; (...)».

⁵³ È stato dunque correttamente affermato al riguardo da C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in www.costituzionalismo.it, sezione "Indice fascicoli" (v. fascicolo n. 2/2016), 73, che «(...) nel quadro costituzionale italiano risparmio, credito e moneta risultano tra loro indissolubilmente collegati (...)». V. in questi termini anche A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/issue/view/172/showToc>, 349, secondo cui non solo il risparmio detiene un «(...) rapporto certamente forte e inscindibile con la moneta ed il credito» ma anche, *ivi*, 373, sussiste «(...) un collegamento indissolubile tra risparmio, credito e moneta».

⁵⁴ V. C. BUZZACCHI, *op. cit.*, 62, la quale, con riferimento all'art. 117 Cost. (dalla stessa definito come norma componente – con l'art. 47 Cost. – lo «statuto costituzionale del risparmio») precisa che il risparmio e i mercati finanziari, tra loro strettamente collegati, «(...) pretendono allora l'intervento normativo dello Stato, sempre più spesso in attuazione o in recepimento di legislazione europea».

⁵⁵ Per una preliminare analisi del fenomeno comunitario in esame si rinvia a C. BUZZACCHI, *op. cit.*, 73 ss.

dell'art. 47 che oggi pare, almeno a chi scrive, più confacente all'attuale contesto storico, e secondo cui l'art. 47 deve essere letto in un'ottica soggettiva, volta alla protezione del consumatore/risparmiatore/"piccolo" investitore⁵⁶ e alla garanzia, in suo favore, dell'accesso ai beni oggetto di pretesa sociale (quali, nell'elencazione – esemplificativa – del comma 2 della norma in esame, «proprietà dell'abitazione», «proprietà diretta coltivatrice» e «diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese»)⁵⁷, con conseguente tutela e sviluppo (come fine ultimo) della dignità umana⁵⁸ (mediata, nel caso di "piccolo" investitore persona giuridica, dallo "schema" societario).

Pertanto, se dal lato del soggetto "debole" del rapporto di consumo finanziario pare indubbia (oggi più che mai) la piena operatività dell'art. 47 Cost. (da declinarsi dunque, in tale ottica, in chiave soggettiva e non oggettiva), con la valorizzazione del ruolo della «Repubblica» (affidataria del risparmio e del credito) per il completo

⁵⁶ In un'ottica difforme da quella adottata dalla scrivente (sulla favorevole incidenza del diritto comunitario nei termini esposti nel testo) si segnala F. SCUTO, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*, in *www.federalismi.it*, sezione *Banche dati* (v. fascicolo n. 5/2019), 173 ss., per il quale la lettura in chiave soggettiva del risparmio determinata dall'«avvento del diritto comunitario» e «(...) legata non tanto al risparmio come bene da tutelare, quanto, piuttosto, al soggetto risparmiatore considerato più che altro nella sua qualità di investitore/consumatore» tuttavia «(...) ha impattato negativamente su quella che appare l'essenza della tutela costituzionale del risparmio. I fatti legati alla lunga crisi economica, infatti, sembrano aver dimostrato la necessità di recuperare e mettere nuovamente l'accento sulla dimensione oggettiva nel suo legame con la funzione sociale del risparmio che sta alla base della Costituzione». Sostiene invece un'interpretazione in chiave soggettiva dell'art. 47 Cost., collegando tuttavia la stessa già con gli obiettivi dei Costituenti (e, quindi, ancor prima dell'insorgere del diritto europeo), L. DELLA LUNA MAGGIO, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, in *Rivista AIC*, 2015, 9, il quale sostiene che «(...) l'obiettivo dei Costituenti è stato fin dall'inizio non solo quello di garantire la tutela *oggettiva* del risparmio, ma anche quella *soggettiva* del risparmiatore. Vale a dire che la tutela del risparmio ha coinciso, sin dall'inizio della Repubblica, con la tutela del risparmiatore, inteso come consumatore di prodotti e servizi bancari, finanziari e assicurativi, attore *debole* che agisce sul mercato».

⁵⁷ A. CLINI, *op. cit.*, 357, attribuisce carattere esemplificativo all'elencazione di cui all'art. 47, comma 2. Codesto Autore, *ivi*, 363, integra poi tale sua osservazione asserendo che «(...) dalla semplice lettura del secondo comma dell'art. 47 Cost. emerge una pretesa sociale ad alcune forme di risparmio, ancora pienamente attuali, che vengono esemplificate nell'abitazione in proprietà, nell'attività di coltivazione e di azionariato: è individuata una tutela prestata a quel risparmio più lento, che accompagna la vita delle persone per sfociare nell'acquisto della propria casa o della diretta attività lavorativa, incentivando i beni ritenuti socialmente ed economicamente rilevanti. Tale forma di risparmio c.d. popolare risulta come un completamento dell'ambito relazione riservato alla raccolta e gestione della liquidità, esprimendo la previsione di una pretesa sociale, o meglio, di un diritto sociale».

⁵⁸ L'aspetto umanistico della triade (risparmio, credito e moneta) oggetto (in via diretta e mediata) dell'art. 47 Cost. è posto in evidenza da A.G. LANZAFAME, *Credito e Costituzione: dal risparmio come «bene comune» al principio di accessibilità. Temi e problemi di democrazia economica*, in *www.costituzionalismo.it*, sezione *"Indice fascicoli"* (v. fascicolo n. 1/2019), 15, per il quale «(...) nell'armonia costituzionale (...) risparmio, credito e in via derivata moneta sono tutti beni interconnessi, orientati alla tutela del lavoro e, quindi, della libertà di iniziativa economica, come elemento fondamentale di promozione e inclusione economica, sociale e politica».

sviluppo della persona⁵⁹ (meritevole di accesso ai beni di cui sopra), dal lato della controparte “forte”/professionale di tale rapporto (ossia, la banca ai fini che rilevano per il presente elaborato) deve porsi il quesito se tale norma abbia o meno applicazione esclusiva oppure se la stessa debba coordinarsi (e, se sì, in che termini) con l’art. 41 Cost.

Il riscontro a tale quesito va reso, ad avviso di chi scrive, considerando innanzitutto la definizione di «attività bancaria» contenuta nell’art. 10, comma 1, T.U.B. secondo cui «la raccolta di risparmio tra il pubblico e l’esercizio del credito costituiscono l’attività bancaria. Essa ha carattere d’impresa».

Già (solo) sulla base della scelta nomenclativa operata dal legislatore con la suddetta norma deve operarsi la valorizzazione del carattere imprenditoriale degli istituti bancari, con conseguente affermazione della soggezione di questi ultimi alla riserva di legge di cui all’art. 41, comma 3, Cost. al pari di ogni altra impresa.

Sembra quindi innegabile che ogni successiva riflessione in merito alla disciplina costituzionale dell’attività bancaria debba essere condotta assumendo come principio cardine (nell’analisi congiunta degli artt. 41 e 47 Cost.) l’attribuzione alla banca, in ragione del carattere imprenditoriale della sua attività, della tutela costituzionale (in termini di libertà e di limiti per il suo svolgimento) approntata per ogni «iniziativa economica privata»⁶⁰.

La banca stessa, tuttavia, quale esercente (in via esclusiva) l’attività bancaria⁶¹, è anche destinataria della disciplina di cui all’art. 47 della nostra Carta fondamentale, che conferisce alla «Repubblica», come già precisato e ben noto, i doveri di «incoraggia(re, n.d.r.) e tutela(re, n.d.r.) il risparmio in tutte le sue forme; disciplina(re, n.d.r.), coordina(re, n.d.r.) e controlla(re, n.d.r.) l’esercizio del credito».

⁵⁹ Sempre C. BUZZACCHI, *op. cit.*, 53, ritiene «(...) significativo evidenziare che l’ispirazione della previsione (di cui all’art. 41, comma 2, Cost., n.d.r.) è fortemente connotata nella direzione della promozione umana».

⁶⁰ Per tesi dottrinarie in linea con le osservazioni esposte si rinvia, per tutti, a R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., 250, secondo cui «nell’individuare la disciplina costituzionale dell’impresa bancaria è necessario, anzitutto, sottolineare che quest’ultima costituisce sicuramente espressione di iniziativa economica ed integra la nozione di attività economica prevista dall’art. 41 della Carta costituzionale nelle sue diverse statuizioni. In assenza, pertanto, di una norma costituzionale che imponga un diverso regime, si deve ritenere che anche l’impresa bancaria goda delle garanzie costituzionali previste per ogni altra attività economica».

⁶¹ Si rammenta che nell’art. 10, comma 2, T.U.B. è disposto che «l’esercizio dell’attività bancaria è riservato alle banche».

Da tale disciplina, tuttavia, che solo in un'ottica riduttiva può intendersi destinata ad operare a livello macro-economico⁶², non può ritenersi intaccata la riserva di legge di cui all'art. 41, comma 3, Cost., operando le disposizioni costituzionali in esame (artt. 41 e 47) «su due piani distinti»⁶³; il riferimento alla «Repubblica», infatti, deve essere interpretato (per chi scrive) come richiamo ai vari soggetti pubblici e privati⁶⁴ che, per la tutela del risparmio e del credito⁶⁵, possono a più livelli (ad esempio, giudiziale) garantire e attuare una maggior protezione del consumatore/risparmiatore/“piccolo” investitore plasmando, in ragione degli interessi giuspubblicistici sottesi all'attività bancaria (che possono ritenersi cristallizzati anche nella formulazione adottata nell'art. 5, comma 1, T.U.B. per l'individuazione dei fini della vigilanza bancaria)⁶⁶, la disciplina di volta in volta in rilievo (si pensi, con riferimento all'oggetto del presente elaborato, ai criteri di giudizio più severi adottati da una certa giurisprudenza nella valutazione della

⁶² V. in tal senso: A. CLINI, *op. cit.*, 364 ss., secondo cui «l'art. 47 non si esaurisce nella mera enunciazione di un valore economico, declinato in un impegno programmatico per il legislatore o in un'aspettativa sociale, comunque intesa, bensì si completa solamente se vi si riconosce una valenza precettiva verso un pieno diritto al risparmio e alle garanzie che lo Stato deve assicurare a concreti interessi funzionalizzati nell'accumulo di risorse»; P. GROSSI, *op. cit.*, 6, per il quale «(...) noi oggi potremmo solo con fatica continuare a sostenere – se non anche con qualche imbarazzo – (...) che l'art. 47 della Costituzione si limiti a contenere norme meramente “programmatiche”, vale a dire generici indirizzi per il legislatore e auspicii privi di indicazioni dirette, e soprattutto efficaci, nella concreta esperienza degli operatori e degli interessati». *Contra*, in dottrina, si segnalano tra i tanti: G. ARIOLLI, *La tutela del risparmio. Quaderno di sintesi della giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, sezione *Studi e documentazione*, sottosezione *Quaderni e ricerche* (v. *Principi e diritti fondamentali*), il quale, nella sua analisi delle decisioni della Corte Costituzionale pubblicata nell'anno 2008, evidenzia come la Corte stessa abbia attribuito «natura programmatica e non immediatamente precettiva (...) alla norma in esame»; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 251; F. SCUTO, *op. cit.*, 172, che ritiene «(...) condivisibile (...) la prevalente posizione della dottrina che ha letto nell'art. 47 non tanto una norma precettiva in grado di generare di per sé diritti soggettivi in capo al risparmiatore, quanto, piuttosto, una disposizione programmatica, pur con accenti e toni diversi, anche in forza di una giurisprudenza della Corte costituzionale che in più occasioni ha fatto riferimento all'art. 47 come a un indirizzo programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore (...)».

⁶³ Così R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 251. In tal senso, già in precedenza, G. MINERVINI, *Impresa bancaria e Costituzione*, in *Banca borsa tit. credito*, 1988, 661.

⁶⁴ G. LANZAFAME, *op. cit.*, 26, intende la «Repubblica (...)» come insieme di attori pubblici e privati: legislatore, giudici, autorità indipendenti, operatori economici (...). Limita invece il riferimento al solo «complesso dei pubblici poteri» S. FORTUNATO, *Credito e ordinamento costituzionale*, in *Banca borsa tit. credito*, 1990, 595.

⁶⁵ Per la disamina, anche storica, del relativo ordinamento sino all'avvento della Costituzione si rinvia a G. SANGIORGIO, *Credito (ordinamento amministrativo del)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, UTET, 1989, 414 ss., nonché a G. GANDOLFI, *Legge bancaria e Costituzione. 'Premesse' ad un corso di Diritto privato bancario*, in *Giur. it.*, 1975, IV, 1 ss.

⁶⁶ La norma in esame dispone che «le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia».

condotta degli amministratori di istituti bancari – tema che sarà oggetto di specifica disamina nel successivo capitolo 3, a cui si rinvia).

Pertanto, secondo la scrivente, gli artt. 41 e 47 hanno pari applicazione nei confronti della banca e non è necessario operare tra tali norme un contemperamento/coordinamento ai fini della loro operatività, essendo le medesime collocate su piani distinti.

Le tesi suesposte si inseriscono tuttavia nell'alveo di un vivace dibattito, in cui le soluzioni offerte, pur nella loro diversa sfaccettatura, sembrano essere finalizzate all'operatività o meno della riserva di legge di cui all'art. 41, comma 3, Cost.⁶⁷.

Tuttavia, in un'ottica che valorizzi la natura imprenditoriale dell'attività bancaria (anche sotto il profilo concorrenziale che è peraltro al centro di 'attenzione' comunitaria ⁶⁸) pur considerandone il substrato giuspubblicistico, sembrano maggiormente degne di adesione le considerazioni precedentemente esposte sul rapporto (di indipendenza e congiunta operatività) degli artt. 41 e 47 Cost., che consentono altresì di porre in risalto la libertà gestionale della suddetta attività (seppur nei termini legislativamente consentiti) da parte degli amministratori delle banche, ferma (comunque) su questi ultimi la vigilanza da parte della Banca d'Italia anche al fine del mantenimento della fiducia ⁶⁹ nell'intero sistema bancario/finanziario da parte del consumatore/risparmiatore/"piccolo" investitore.

§ 1.3 - Banche e vigilanza: fondamento costituzionale della potestà regolamentare della Banca d'Italia

Come noto, le banche sono sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia⁷⁰, che si auto-describe al riguardo nei seguenti termini: «La Banca d'Italia svolge compiti di

⁶⁷ Per l'illustrazione di tale dibattito si rinvia a S. FORTUNATO, *op. cit.*, 585 ss. V. altresì recentemente, in favore dell'applicazione all'impresa bancaria (in forza dell'art. 47 Cost.) di «specifiche direttive legislative e regolamentari», con conseguente esclusione della riserva di legge di cui all'art. 41, comma 3, Cost., C. BUZZACCHI, *op. cit.*, 58 ss.

⁶⁸ Secondo A. CLINI, *op. cit.*, 373, si deve «(...) relazionare il tenore dell'art. 47 Cost. al rinnovato contesto europeo, caratterizzato per un verso dalla introduzione del principio di concorrenza e per altro verso dall'annullamento della sovranità monetaria nazionale».

⁶⁹ Proprio in termini di «serbatoio di fiducia» viene qualificato il risparmio da P. GROSSI, *op. cit.*, 9.

⁷⁰ Per una prima disamina di questo istituto e delle sue funzioni di vigilanza aggiornata ad oggi v. C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Il Mulino, ed. III, 2020, 161 ss.

vigilanza bancaria e finanziaria nei confronti degli intermediari bancari e non bancari, che sono iscritti in appositi albi. Dal novembre del 2014 la vigilanza sulle banche è svolta nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico. (...). L'attività di vigilanza si esplica – oltre che attraverso attività di controllo a distanza e accertamenti in loco, tesi a verificare il rispetto delle condizioni per l'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria – anche mediante l'adozione di provvedimenti amministrativi. I provvedimenti più significativi che coinvolgono le banche sono le autorizzazioni, le sanzioni e i provvedimenti relativi alla gestione delle situazioni problematiche. La vigilanza fornisce una serie di servizi direttamente ai cittadini. In tale ambito, l'Istituto si occupa degli esposti presentati dai cittadini, gestisce le segreterie tecniche dell'Arbitro Bancario Finanziario, sviluppa e promuove l'educazione finanziaria, pubblica informazioni sui soggetti non legittimati allo svolgimento di attività bancaria e finanziaria in Italia e altri avvisi e comunicazioni di interesse generale. La vigilanza svolge inoltre analisi sul sistema bancario e finanziario. La Banca d'Italia rende conto delle modalità di svolgimento delle funzioni di vigilanza e informa il pubblico sui temi bancari e finanziari più rilevanti attraverso molteplici sedi e canali: (...). I poteri di vigilanza trovano fondamento in un quadro regolamentare costituito da norme internazionali, comunitarie e nazionali»⁷¹.

L'ente in esame svolge dunque, per quanto sopra prospettato, una complessa attività vigilatoria, che (ai fini che rilevano nell'ambito del presente elaborato) interessano anche la *governance* bancaria.

Si rende dunque necessario vagliare, per gli aspetti (esclusivi) del governo societario delle banche, l'attuale ruolo della Banca d'Italia (anche quale "fonte" normativa), onde valutarne il fondamento o meno nella nostra Carta fondamentale, in un'ottica di – eventuale – tutela rafforzata del consumatore finanziario.

Deve preliminarmente osservarsi che l'istituto in esame, per quanto indicato nell'art. 19, comma 1, l. n. 262/2005, nonché nell'art. 1, comma 1, del relativo statuto (approvato nella sua ultima versione aggiornata al mese di aprile 2016 con il decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 2016, in vigore dalla sua pubblicazione

⁷¹ In www.bancaditalia.it, sezione "Compiti", sottosezione "Vigilanza sul sistema bancario e finanziario".

sulla Gazzetta Ufficiale avvenuta in data 11 aprile 2016), è «istituto di diritto pubblico»⁷².

Benché, quindi, sia indubitabile la natura della Banca d'Italia in ragione delle previsioni di cui sopra, in dottrina, da un lato, sembra permanere la diatriba, rispetto alla funzione di vigilanza nei confronti delle banche (che è l'unica qui considerata) esercitata dal detto istituto, sulla qualifica o meno di quest'ultimo in termini di organo statale⁷³ (non rinvenendosi peraltro nella relativa disciplina un'espressa indicazione attributiva o negatoria di tale qualifica). Inoltre, dall'altro lato, pare acquisita l'ascrizione dell'ente in esame al novero delle autorità indipendenti⁷⁴, con attribuzione allo stesso di un potere normativo estrinsecantesi con l'emanazione di atti aventi contenuto sostanziale (anche se privi della forma di) di regolamenti e da considerarsi quindi tali⁷⁵, con soggezione degli stessi agli obblighi motivazionali di cui all'art. 23, comma 1, l. n. 262/2005.

⁷² Tale definizione ripropone quella già adottata nell'art. 20, regio decreto legge 12 marzo 1936, n. 375, senza, dunque, elementi di novità.

⁷³ V. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 124 ss., il quale, preliminarmente osservando come «(...) nell'ambito dei diversi ruoli la Banca d'Italia assume posizioni non riconducibili ad uno stesso modello, elemento questo non sempre emerso con la dovuta evidenza (...)» asserisce, pur dando atto di un dibattito dottrinario, che l'ente in esame «(...) non assume la natura di organo statale», derivando da ciò «(...) la conseguenza che gli effetti patrimoniali che dovessero derivare dalle scelte effettuate dalla Banca d'Italia non possono essere imputati allo Stato, così come normalmente avviene nelle ipotesi in cui un ente pubblico sia titolare di un organo statale». Anche O. CAPOLINO, *Le Autorità*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in E. PICOZZA, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, V, Padova, Cedam, 2008, 197, ritiene ormai abbandonata «la tesi secondo cui la Banca esercitava la vigilanza come organo dello Stato (...)», sulla base della considerazione che nel 1947 la Banca d'Italia è stata reinserita tra le autorità creditizie in via istituzionale, e cioè non attraverso la mera attribuzione della titolarità dell'organo, ma con vero e proprio trasferimento delle funzioni». *Contra*, invece, G. FERRI, *Banca d'Italia*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 7, che, attribuendo alla Banca d'Italia «quattro vesti giuridiche diverse» per le sue funzioni svolte, considera la stessa, sotto il profilo della vigilanza nel settore creditizio, «(...) come ente titolare di un organo dello Stato (...)».

⁷⁴ Si segnala l'adesione recentemente manifestata a tale sussunzione da F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza. Un'analisi costituzionale*, cit., 309, per il quale «(...) la Banca d'Italia tende oggi a configurarsi, da ente responsabile per l'indirizzo della politica monetaria quale si connotava ancor prima dell'esperienza repubblicana, nei termini di una vera e propria *Authority*, inserita in un più ampio scenario di dimensione continentale e con funzioni di natura operativa e delegata». Già in passato v. in tal senso (ed anche per l'indicazione di opinioni contrarie) B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in www.osservatoriosullefonti.it, sezione *Archivi*, sottosezione *Archivio volumi Osservatorio* (v. *Osservatorio 1996*), 228, secondo cui «(...) non sembra più potersi dubitare che – anche nell'esercizio della funzione di vigilanza sulle banche – la Banca d'Italia è “la più indipendente tra le autorità indipendenti”».

⁷⁵ Così B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 240 ss., il quale, previamente rilevando che «i poteri sostanzialmente normativi che il testo unico (T.U.B., n.d.r.) (...) attribuisce alla Banca d'Italia devono di conseguenza essere esercitati in forma regolamentare», afferma che «(...) potrebbe sostenersi che il criterio sostanziale (...) debba essere utilizzato per interpretare la norma sui tipi di atti amministrativi: “la Banca d'Italia emana regolamenti nei casi previsti dalla legge”, allora, dovrebbe leggersi “la Banca d'Italia emana regolamenti nei casi in cui il potere normativo le è attribuito dalla legge”. È

Tuttavia, la struttura, i compiti e le funzioni di tale ente sono complessivamente disciplinati nel T.U.B, nel relativo statuto, nella l. n. 262/2005 e nel T.U.F., potendosi dunque ritenere marginale la controversia sulla statualità o meno dello stesso, che comunque è sottoposto a ricorrenti oneri informativi nei confronti dello Stato⁷⁶.

La natura pubblica dell'istituto in esame (benché, come evidenziato, tale qualifica non esaurisca un dibattito ancora in atto sul punto nella letteratura giuridica) richiama *ex se* il principio di discrezionalità dell'azione amministrativa che, però, secondo la previsione dell'art. 5, comma 1, T.U.B. (essendo la Banca d'Italia una delle tre autorità creditizie a cui è rivolta la norma⁷⁷), deve essere esercitata secondo gli specifici obiettivi della «sana e prudente gestione dei soggetti vigilati», della «stabilità complessiva», della «efficienza e (...) competitività del sistema finanziario» e della «osservanza alle disposizioni in materia creditizia»⁷⁸.

Tra i suddetti obiettivi il più problematico, sotto il profilo della definizione del relativo contenuto e della sua concreta operatività, sembra essere quello dell'amministrazione prudenziale delle banche, dovendosi infatti considerare che l'attività bancaria, pur caratterizzata da interessi pubblici⁷⁹, ha natura imprenditoriale e, come tale, beneficia di autonomia ed è soggetta all'agire amministrativo regolato

un'interpretazione che aggiunge qualcosa alla norma, ma anche un modo per renderla coerente con il sistema del testo unico con i principi dell'ordinamento».

⁷⁶ La Banca d'Italia, più precisamente, secondo la descrizione della propria attività informativa dalla stessa redatta in www.bancaditalia.it, sezione *Pubblicazioni*, redige sia la «Relazione annuale», sia la «Relazione sulla gestione e sulle attività della Banca d'Italia». In particolare, con quest'ultimo documento, l'istituto ottempera anche nei confronti del Parlamento e del Governo all'attività di rendicontazione di cui all'art. 19, comma 4, l. n. 262/2005 (e di cui dell'art. 40, comma 1, del suo statuto).

⁷⁷ Le altre due autorità sono costituite dal Comitato Interministeriale per il credito e il risparmio e dal Ministro dell'economia e delle finanze.

⁷⁸ F. RIGANTI, *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, 47 ss., osserva che in forza dell'art. 5, T.U.B., dal medesimo ritenuto una «meta-norma», è stata circoscritta la discrezionalità amministrativa della Banca d'Italia, che «(...) rimane dunque oggi limitata, nel suo operare, non già solo dall'applicazione del generale principio di legalità, bensì anche dal doveroso raggiungimento di obiettivi *ex ante* stabiliti». Anche B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 236, rileva che attraverso la suddetta norma «dal punto di vista della discrezionalità amministrativa, vi è una notevolissima restrizione dell'ambito degli interessi che possono essere ponderati».

⁷⁹ In ragione di tali interessi P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*, Torino, Giappichelli, ed. III, 2012, 12, afferma che «(...) la disciplina del soggetto (ossia, della banca, n.d.r.) e dell'attività è permeata da valori pubblicistici, è in sostanza al vertice, per sua essenza propria, una disciplina di diritto pubblico, (...) mentre la stessa presenza di un organo pubblico di vigilanza, la Banca d'Italia, conferma la natura essenzialmente pubblica di tale disciplina».

dalla cd. *business judgment rule*⁸⁰. Il limite tra l'intervento "pubblico" della Banca d'Italia e l'agire "privato" degli enti bancari (attraverso i relativi amministratori) è quindi di difficile interpretazione, dovendosi tuttavia considerare, ad avviso di chi scrive, come criterio orientativo del confine che volesse a tal fine individuarsi quello della non contrarietà dell'operato gestionale dell'organo amministrativo delle singole banche agli interessi pubblici⁸¹.

La scelta di adottare un simile canone orientativo formulato in senso negativo sembra suggerirsi perché tale scelta consente di dotare gli amministratori degli istituti creditizi di un margine operativo più ampio, autorizzando gli stessi a compiere (ferme, comunque, le linee del loro agire fissate dal legislatore e dalla disciplina di settore) tutte le operazioni gestionali attuative dell'interesse dei soci che non siano (soltanto) in contrasto con l'interesse generale implicato dall'esercizio dell'attività bancaria⁸².

L'azione della Banca d'Italia, tuttavia, non si inquadra in un contesto meramente nazionale, ma si colloca in un orizzonte più ampio, inserendosi la stessa, oltre che in

⁸⁰ Si rinvia per un approfondimento di tale tematica al successivo capitolo n. 3. In dottrina è già stato comunque evidenziata la problematicità del coordinamento tra la «sana e prudente gestione» e il criterio della *business judgement rule* da F. RIGANTI, *op. cit.*, 52 ss.

⁸¹ È stato correttamente osservato al riguardo in dottrina da S. ROSSI, *Intervento di apertura*, in www.bancaditalia.it, sezione *Pubblicazioni*, sottosezione *Quaderni di Ricerca Giuridica* (v. fascicolo n. 75/2014), 10, che «chi fa impresa bancaria deve godere della più ampia autonomia imprenditoriale, purché siano rispettati i principi della "sana e prudente gestione" (art. 5) (del T.U.B., n.d.r.): se quei principi non vengono rispettati, è chiamata in causa la responsabilità propria dell'imprenditore o del manager bancario».

⁸² G. FERRI, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'attività bancaria*, in *Banca borsa tit. credito*, 1975, I, 3 ss. già riconosceva in epoca largamente antecedente all'influenza del diritto europeo sulla disciplina nazionale in tema di attività bancaria (che ha incentivato, come evidenziato nel precedente paragrafo n. 1.2., la tutela in favore del consumatore / risparmiatore / "piccolo" investitore) che gli interessi dei soci delle banche dovessero coordinarsi con altri e diversi interessi di natura collettiva, osservando più precisamente che «se si considera da vicino la funzione della banca, ci si accorge immediatamente che questa funzione non si esaurisce nell'ambito dei soci e non coinvolge soltanto i loro particolari interessi. L'esercizio del credito non si attua ontologicamente con capitali propri della banca, ma si attua con i capitali raccolti dal pubblico risparmiatore: i capitali propri servono soltanto alla costituzione di un fondo di garanzia. E ciò è sufficiente a individuare una ulteriore categoria di interessati, oltre quella dei soci, la categoria dei risparmiatori. Ma, ed è questa la funzione caratteristica della banca, la banca questi capitali impiega in investimenti produttivi secondo una tecnica che consenta al risparmio di assolvere contemporaneamente alla sua funzione individuale e alla sua funzione sociale. La funzione della banca ontologicamente coinvolge così una pluralità di interessi; quello dei soci, quello dei risparmiatori, quello generale relativo all'investimento produttivo del risparmio».

ambito internazionale⁸³, (soprattutto) nella “macro” dimensione europea⁸⁴, costituendo tale ente (anche per quanto indicato nell’art. 1, comma 4, del relativo statuto e per quanto rileva ai fini della *governance* bancaria qui trattata) l’«autorità nazionale competente» nell’ambito del Meccanismo di vigilanza unico (di seguito «MVU») di cui all’art. 6 del Regolamento UE n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013⁸⁵ (composto dalla Banca centrale europea – di seguito «BCE» – e dalle autorità nazionali competenti degli Stati membri)⁸⁶, oggetto anche del successivo Regolamento UE n. 468/2014 della BCE del 16 aprile 2014.

Questo nuovo ruolo della Banca d’Italia (ridimensionato, rispetto al passato, per il venir meno della stretta connessione tra le sue competenze sul controllo del sistema creditizio e quelle in materia monetaria), all’interno di un panorama europeo, ha portato ad affermare in dottrina che la suddetta Banca «(...) conserva quindi la sua natura di ente pubblico orientato al raggiungimento di fini socialmente rilevanti, ma in una rinnovata ottica dove non è più l’autorità apicale (...) del sistema bancario e finanziario, bensì uno dei soggetti che svolgono compiti di vigilanza all’interno e a vantaggio di un più ampio meccanismo di matrice europea»⁸⁷.

⁸³ In tale ambito si segnalano in particolare il Comitato di Basilea e il *Financial stability board* (a cui si deve la produzione della cd. “*soft law*”, ossia di “standard normativi” con finalità di armonizzazione degli ordinamenti nazionali ad economia “avanzata”), sui quali si rinvia a C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*, 139 ss.

⁸⁴ Tale quadro viene descritto da S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in www.bancaditalia.it, sezione *Pubblicazioni*, sottosezione *Quaderni di Ricerca Giuridica* (v. fascicolo n. 75/2014), 19 ss., come una «struttura composita in via di costruzione», che si compone di vari elementi (poi descritti dallo stesso Autore). Per una dettagliata analisi del diritto europeo in ambito bancario si rinvia a F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione Bancaria europea e Costituzione*, Milano, Wolters Kluwer, 2019.

⁸⁵ L’orizzonte europeo in cui opera la Banca d’Italia ai fini della vigilanza è delineato anche nell’art. 6, comma 3, del T.U.B., in cui viene previsto che «la Banca d’Italia, nell’esercizio delle funzioni di vigilanza, è parte del SEVIF (che è il Sistema europeo di vigilanza finanziaria, composto anche dall’Autorità bancaria europea, n.d.r.) e del MVU e partecipa alle attività che essi svolgono, tenendo conto della convergenza degli strumenti e delle prassi di vigilanza in ambito europeo».

⁸⁶ Per una preliminare disamina del MVU v. C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*, 148 ss., la quale pone in luce le motivazioni della scelta di attribuire alla BCE un ruolo determinante nel Meccanismo in esame; tali motivazioni vengono dalla stessa ritenute di natura tecnica (sulla base dell’art. 127, par. 6, TFUE, che legittima il Consiglio dell’Unione europea ad attribuire alla BCE compiti in merito alla vigilanza prudenziale – anche – degli enti creditizi) e politica (in ragione della «reputazione consolidata sui mercati finanziari» detenuta dalla stessa BCE). Si rileva altresì che il MVU, per quanto osservato da S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., 17, «(...) costituisce una pietra miliare nella costruzione europea, non meno importante della moneta unica e del vincolo del pareggio del bilancio. La uniformazione della vigilanza bancaria serve sia per assicurare il mercato unico dei servizi bancari, sia per evitare differenze di valutazione dei rischi bancari (e di conseguenza di quelli delle finanze pubbliche)». V. anche sul tema F. SALMONI, *op. cit.*, 230 ss.

⁸⁷ F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza. Un’analisi costituzionale*, cit., 309.

Pertanto, quale parte del più esteso MVU, l'ente in esame ha subito una riduzione dei propri poteri, svolgendo oggi lo stesso la propria attività vigilatoria principalmente in via esecutiva e delegata rispetto alla BCE⁸⁸.

Più precisamente, con il Regolamento UE n. 1024/2013 è stato previsto, attraverso il combinato disposto dell'art. 4, comma 1 – lett. e) e lett. f) – e comma 3, e dell'art. 6, comma 6, che sugli enti creditizi «significativi» (da classificarsi tali sulla base dei requisiti di tipo quantitativo e qualitativo indicati nello stesso art. 6, comma 4), che costituiscono peraltro la maggioranza del nostro sistema bancario, la BCE sia esclusivamente competente, «a fini di vigilanza prudenziale» (sempre qui considerata nell'ottica della *governance* bancaria):

- nel garantire il rispetto del diritto europeo (oltre di quello nazionale di recepimento delle direttive comunitarie e di esercizio delle opzioni esplicitamente concesse da regolamenti) che imponga «solidi dispositivi di governo societario, compresi i requisiti di professionalità e onorabilità per le persone responsabili dell'amministrazione degli enti creditizi, di processi di gestione del rischio, di meccanismi di controllo interno, di politiche e prassi di remunerazione e di processi efficaci di valutazione dell'adeguatezza del capitale interno, compresi i modelli basati su rating interni»;

- nell'«effettuare le valutazioni prudenziali comprese, (...), le prove di stress e la loro eventuale pubblicazione, per accertare se i dispositivi, le strategie, i processi e meccanismi instaurati dagli enti creditizi e i fondi propri da essi detenuti permettano una gestione solida e la copertura dei rischi e, alla luce di tale valutazione prudenziale, imporre agli enti creditizi obblighi specifici in materia di fondi propri aggiuntivi, specifici requisiti di informativa e di liquidità, nonché altre misure, ove specificamente contemplati dal pertinente diritto dell'Unione».

La Banca d'Italia, quale parte del MVU, ai sensi dell'art. 6, commi 3 e 5, del Regolamento di cui sopra, presta assistenza alla BCE «nella preparazione e nell'attuazione degli atti» (anche) inerenti al governo societario, ivi inclusa

⁸⁸ La funzione attuativa della Banca d'Italia, quale autorità nazionale competente nel MVU, rispetto all'attività della BCE è ben evidenziata da S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., 20, per il quale «(...) nell'ambito del Meccanismo, vi è una separazione del lavoro, svolgendo la Banca centrale europea una funzione che può dirsi direttiva, le autorità nazionali un compito che può dirsi esecutivo, che consiste nell'obbligo di fornire informazioni, nell'assistenza e preparazione di provvedimenti e nell'agire secondo istruzioni della Banca centrale. (...). Questa redistribuzione di compiti tra centro e periferia comporta un "dédoublement fonctionnel" delle autorità nazionali, che vengono a giocare un duplice ruolo, di componenti costitutive del Meccanismo e di suoi esecutori (...)».

«l'assistenza nelle attività di verifica», nonché adotta le decisioni di vigilanza sulla base dei «regolamenti», degli «orientamenti» o delle «istruzioni generali» rivolti dalla stessa BCE alle autorità nazionali competenti.

Con riferimento, invece, agli enti creditizi “meno significativi”, la Banca d'Italia detiene un maggior potere di intervento autonomo, sebbene anche lo stesso possa subire un ridimensionamento al ricorrere delle specifiche circostanze previste dal Regolamento in esame⁸⁹.

Benché alla luce delle considerazioni suesposte emerga principalmente un ruolo “vassallo” della Banca d'Italia rispetto alla BCE (almeno con riferimento alla banche “significative”), con conseguente riproposizione di tale rapporto subordinato nel binomio Italia/Europa, non deve dimenticarsi che il fondamento ultimo e principe della tutela dell'attività bancaria nel nostro ordinamento, che viene attuata anche (e ai fini che qui rilevano) dalla stessa Banca d'Italia (quale parte della «Repubblica» dotata di una propria potestà regolamentare), è rappresentato dall'art. 47 Cost., che costituisce il baluardo granitico della suddetta tutela.

Pertanto, laddove la disciplina comunitaria stabilisse, in tema di governo delle banche, profili (che venissero ritenuti) attenuativi o (addirittura) soppressivi della garanzia costituzionale di cui beneficiano il risparmio e il credito, ivi inclusi quelli che riguardassero la Banca d'Italia, la suddetta disciplina (ad avviso di chi scrive) potrebbe ritenersi contraria alla nostra Carta fondamentale ed illegittima, potendosi in questo specifico frangente considerare l'art. 47 Cost. un argine invalicabile rispetto alla normativa comunitaria di minor tutela.

La via per giungere a tale esito potrebbe essere duplice: si potrebbe, da un lato, riconoscere un ruolo superiore alla nostra Costituzione nei confronti delle norme europee «(...) vigenti nel diritto interno in virtù del *rinvio* (in parte *fisso* ed in parte *mobile*) disposto dalla legge *ordinaria* italiana d'esecuzione ai vari *Trattati istitutivi* dell'Unione Europea (rinvio *fisso*), nonché alle *fonti normative* di tale ordinamento (comunitario) previste dai Trattati medesimi (rinvio *mobile*)»⁹⁰ ovvero, in

⁸⁹ Si rinvia per l'approfondimento di tale aspetto a C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*, 155 ss.

⁹⁰ Così A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., 361, il quale, ponendo tale premessa per la disamina del discusso rapporto tra diritto nazionale e ordinamento comunitario, giunge ad affermare, *ivi*, 371, al termine delle sue considerazioni (a cui si rinvia anche per un'analisi delle varie posizioni espresse in dottrina in ordine a tale rapporto – v. *ivi*, 362 ss.) che «in conclusione, non sembra sia mai stata (ed a maggior ragione non sembra più oggi) praticabile la strada d'una riconduzione delle norme dei *Trattati istitutivi* al livello delle norme costituzionali. Molto più logico, invece, sembra riconoscere ad essi (*rectius*, alle leggi d'esecuzione) natura di fonti *atipiche rinforzate, subordinate* alle norme

alternativa, dall'altro lato, qualora (sulla scorta della giurisprudenza costituzionale) le norme di cui sopra venissero considerate prevalere anche sulla nostra Costituzione con salvezza dei soli cd. "controlimiti" (all'introduzione da parte della disciplina comunitaria di norme violative dei "principi supremi" contenuti nella nostra Carta fondamentale)⁹¹, si potrebbero invocare tali "controlimiti" come diga contro l'"esondazione" del diritto comunitario oltre gli argini di matrice "repubblicana", annoverando tra gli stessi l'art. 47 Cost. proprio per le sue relevantissime implicazioni economiche, sociali e umane⁹².

costituzionali (...) e dotate di *vis abrogativa* nei confronti delle norme legislative interne *anteriori* nonché di *capacità di resistenza all'abrogazione* da parte delle norme legislative interne *posteriori*».

⁹¹ Afferma R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in www.federalismi.it, sezione *Banche dati* (v. fascicolo n. 1/2016), 1 ss., che «la teoria dei "controlimiti" è stata elaborata in Italia dalla Corte costituzionale, similmente a quanto avvenuto presso altri giudici costituzionali europei, come argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte delle fonti degli ordinamenti sovranazionali e internazionale, oltre che del diritto concordatario e delle leggi costituzionali e di revisione».

⁹² L'art. 47 è annoverato tra i cd. "controlimiti" rispetto al diritto europeo da A. PATUELLI, *Intervento del Presidente ABI* (alla, n.d.r.) *lectio magistralis del Presidente della Corte Costituzionale prof. Paolo Grossi* in www.abi.it, sezione *Info*, sottosezione *Orientamenti*, 1 ss., il quale, nelle sue considerazioni al riguardo espresse (in data 19 maggio 2017), osserva che «convivono ora, infatti, nella vigente Costituzione della Repubblica vari articoli che, direttamente o indirettamente, concorrono a condizionare l'art. 47 che va ora letto in combinato disposto con gli articoli 11, 80, 138 e col 117 novellato in questo nuovo secolo. (...). Il combinato disposto di queste norme è divenuto, quindi, più complesso per definire la gerarchia delle fonti del diritto sulle materie, come la moneta, il risparmio e il credito, sulle quali sono in atto cooperazioni rafforzate. La mia opinione è che il primo comma del novellato art. 117 non possa stravolgere l'assetto costituzionale della Repubblica Italiana basato sulla sua modificabilità soltanto con le rigide procedure dell'art. 138. Per cui l'articolo 47 è sempre vigente e non abrogabile implicitamente in alcun modo, ma svolge anche un ruolo di limite nei confronti della normativa europea. (...). Peraltro la Costituzione e la Repubblica Italiana non possono essere sotto ordinate rispetto alla Repubblica Federale Tedesca la cui Costituzione dispone espressamente la supremazia delle norme costituzionali tedesche su ogni altra legislazione anche dell'Unione Europea. Peraltro l'Europa o è la culla della civiltà del diritto e delle libertà costituzionali, o non lo è. (...). Insomma, la Repubblica Italiana e l'Unione Europea debbono ora meglio garantire la stabilità della moneta ed i risparmi, non attenuando le garanzie costituzionali saggiamente approvate settant'anni fa dai Costituenti italiani». *Contra*, R. COSTI, *Intervento di apertura*, in www.bancaditalia.it, sezione *Pubblicazioni*, sottosezione *Quaderni di Ricerca Giuridica* (v. fascicolo n. 86/2019), 24, secondo cui «queste (le norme comunitarie, n.d.r.) potranno derogare alle norme nazionali in forza degli artt. 10 e 177 della Costituzione e la loro applicazione non incontrerà un controlimite nella disposizione dell'art. 47 della Costituzione, non affermando quest'ultima un principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano; principio supremo che costituisce, secondo il pensiero della Corte Costituzionale (sentenza 4 maggio 1994, n. 143), l'unico "controlimite" capace di impedire l'applicazione, nello Stato membro, delle norme comunitarie che ne costituiscano una violazione». Tuttavia, con riferimento a codesto ultimo Autore, si segnala sommessamente che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 143/1995 dallo stesso citata (che è consultabile in www.cortecostituzionale.it, sezione *Ricerca pronunce*), non esclude l'art. 47 Cost. dai "controlimiti", ma, previamente riconoscendone la natura di «principio programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore ordinario» (e quindi di principio privo, come invece ritenuto dalla scrivente e già esposto nel precedente paragrafo n. 1.2., di diretta applicazione), afferma che «unico limite» per il medesimo legislatore (rispetto alla materia finanziaria, che era quella rilevante nella fattispecie al suo vaglio) è la «vera e propria contraddizione o compromissione dell'anzidetto principio».

Pertanto, in conclusione, ad avviso di chi scrive: nel nostro ordinamento la tutela giuspubblicistica di cui beneficia l'attività bancaria, qui considerata sotto il profilo del governo societario degli istituti creditizi (quale strumento di tutela del consumatore/risparmiatore/"piccolo" investitore), è insopprimibile da parte di fonti esterne anche (se) di origine europea, con conseguente soggezione delle norme da queste ultime prodotte che inficiassero tale tutela a giudizio di illegittimità per violazione del dettato costituzionale attraverso una delle due soluzioni interpretative di cui sopra; nei profili suscettibili di codesto giudizio vi sarebbe anche spazio per sindacare l'eventuale, eccessivo, svilimento del ruolo della «Repubblica» rispetto alla *governance* bancaria (ruolo ad oggi esercitato attraverso la Banca d'Italia per via legislativa⁹³) che venisse (se) determinato, in futuro, dal diritto comunitario, essendo accettabile un ridimensionamento della stessa «Repubblica» in forza della cooperazione tra gli Stati dell'Unione Europea, ma non anche una sua totale frustrazione in favore di istituzioni della detta Unione.

§ 1.4 - La legittimità costituzionale delle Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia per la *governance* bancaria

La Banca d'Italia, nei confronti dei singoli istituti creditizi (che sono gli unici oggetto del presente elaborato, nel quale non è esaminata la fattispecie dei gruppi bancari), ai sensi dell'art. 53, comma 1, lett. d), T.U.B. esercita anche funzioni di «vigilanza regolamentare» per «il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione», attraverso cui può emanare «disposizioni di carattere generale»⁹⁴. Tali funzioni

⁹³ In un'ottica giuspubblicistica F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza. Un'analisi costituzionale*, cit., 313, in ragione del ruolo protezionistico della Banca d'Italia rispetto al risparmiatore/investitore giustifica dal punto di vista costituzionale i poteri di vigilanza assegnati al detto istituto dal T.U.B., affermando più precisamente che «(...) si può trovare conferma del fatto che la logica di protezione del risparmiatore/investitore come pedina attiva di un sistema finanziario sano è ancora presente e proprio alla luce di questa logica parrebbero giustificarsi, dal punto di vista costituzionale, i poteri di vigilanza che la Banca d'Italia si vede assegnati dal Tub».

⁹⁴ Si evidenzia sin d'ora che la potestà regolamentare in esame, considerata per i suoi profili attinenti al governo societario, è stata ritenuta in dottrina caratterizzata da aspetti problematici. Più precisamente, S. AMOROSINO, *La conformazione regolatoria della governance delle società bancarie da parte della Banca d'Italia*, in A. PRINCIPE (a cura di), *op. cit.*, 46, osserva che «(...) è stato da tempo rilevato che, a proposito del governo societario, la potestà regolamentare della Banca d'Italia trova il suo fondamento in una disposizione del t.u.b. – l'art. 53 – il quale si limita ad indicare “il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni ed i sistemi di remunerazione

trovano il proprio generale inquadramento nell'art. 4, comma 1, T.U.B., ai sensi del quale la suddetta Banca, tra l'altro, «(...) emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza», nonché devono essere esercitate nell'alveo degli obiettivi fissati dall'art. 5, comma 1, T.U.B.

Con riferimento alle suddette funzioni (sempre considerate nella prospettiva della *governance* bancaria) viene in rilievo la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, contenente le Disposizioni di Vigilanza, attualmente aggiornate alla versione del 22 settembre 2020⁹⁵, che costituiscono esercizio della potestà normativa della Banca d'Italia e possono essere considerate (per le ragioni già espresse nel precedente paragrafo n. 1.3) “sostanzialmente” regolamenti⁹⁶ e, quindi, norme di rango secondario⁹⁷.

Per quanto indicato nelle premesse delle suddette Disposizioni, queste ultime sono volte ad «(...) adeguare la normativa interna alle novità intervenute nel quadro regolamentare internazionale, con particolare riguardo al nuovo assetto normativo e istituzionale della vigilanza bancaria dell'Unione europea, nonché per tener conto delle esigenze emerse nell'esercizio della vigilanza sulle banche e su altri intermediari. (...)». Le novità intervenute nel contesto regolamentare internazionale e dell'Unione europea rendono necessaria un'azione complessiva e sistematica di adeguamento dell'ordinamento nazionale. A tale esigenza risponde questa Circolare,

ed incentivazione” quali macro oggetti della regolamentazione. L'attribuzione del potere regolamentare è, dunque, operata “*per verba plus quam generalia*”, mediante la mera citazione di “teste di capitolo”, senza alcuna indicazione di merito, se non quella indirettamente ricavabile dall'elencazione – altrettanto generica – delle finalità della vigilanza dell'art. 5, comma 1, del t.u.b. La problematicità di questa attribuzione di poteri regolamentari “*in bianco*” non viene sempre rilevata dai commentatori i quali, forse implicitamente, ritengono che l'attività regolamentare sia “coperta” dalla legittimazione “costituzionale” generale derivante dall'appartenenza della Banca d'Italia al SEBC (Sistema europeo di banche centrali, n.d.r.), sancita dai Trattati europei. Sta di fatto che alcuni degli oggetti principali dell'autonomia statutaria ed organizzativa delle società bancarie sono soggetti a *precetti conformativi* – fortemente limitativi dell'autonomia privata – adottati dall'Autorità di vigilanza in assenza di un qualsiasi, pur vago, indirizzo legislativo (...)»

⁹⁵ In www.bancaditalia.it, sezione *Compiti*, sottosezione *Vigilanza sul sistema bancario e finanziario* (v. *Normativa* e, successivamente, *Archivio norme*).

⁹⁶ Così C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*, 163, la quale argomenta in tal senso alla luce dell'«ampiezza dei contenuti e dell'ambito dei destinatari», asserendo altresì che «a conferma di questa interpretazione la l. 262 del 2005 riunisce in un solo articolo (l'art. 23) i provvedimenti «aventi natura regolamentare o di contenuto generale» emanati dalle autorità di vigilanza, ivi compresa la Banca d'Italia, e ne detta una disciplina comune: obbligo di motivazione; di redazione di una relazione dell'impatto; rispetto del principio di proporzionalità».

⁹⁷ Asserisce R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, *op. cit.*, 132, che la violazione delle norme secondarie emanate dalla Banca d'Italia «(...) incide anche sulla validità degli atti compiuti con i terzi».

che non si limita a un'opera di mero adattamento alle disposizioni sovraordinate, ma opera parallelamente la revisione sostanziale e il coordinamento redazionale dell'intera normativa bancaria di competenza della Banca d'Italia, coerentemente con l'obiettivo strategico di contribuire alla creazione di un *single rulebook* ispirato a un approccio tecnicamente rigoroso e prudente in linea con quello sinora seguito dalla regolamentazione italiana. In questa prospettiva *la Circolare riordina le vigenti disposizioni di vigilanza per le banche nelle aree rimesse alla potestà regolamentare secondaria della Banca d'Italia*⁹⁸, (...). In un contesto normativo articolato in un numero maggiore di fonti del diritto sovranazionale e interno, collocate a diversi livelli e dotate di diverse caratteristiche di cogenza ed efficacia, è essenziale assicurare e mantenere nel tempo il carattere di organicità della normativa di vigilanza in modo da agevolare gli organi aziendali, le strutture operative e quelle di controllo interno dei soggetti vigilati nell'opera di ricognizione e interpretazione sistematica delle fonti che disciplinano le diverse materie, al fine ultimo di favorire la corretta applicazione della disciplina e improntare alla massima trasparenza i rapporti tra l'organo di vigilanza e i soggetti vigilati. Si intende così perseguire nel modo più efficace le finalità della vigilanza bancaria e finanziaria individuate dall'art. 5 del testo unico bancario, nel pieno rispetto dei principi di trasparenza e di proporzionalità degli oneri per i destinatari delle norme. La disponibilità di un set di norme prudenziali chiare e coerenti, (...), costituisce altresì una preconditione per l'efficace funzionamento del *Single Supervisory Mechanism* istituito dal Regolamento (UE) 1024/2013 del Consiglio, operativo dal 4 novembre 2014, di cui la Banca d'Italia è parte insieme con la Banca centrale europea e le altre autorità nazionali competenti. (...). *Nelle parti in cui la presente Circolare contiene disposizioni di recepimento della CRD IV oppure disposizioni di esclusiva competenza nazionale, esse hanno valore di atti normativi secondari emanati ai sensi delle norme del Testo unico bancario (ed eventualmente di altre disposizioni di legge) che attribuiscono alla Banca d'Italia poteri normativi secondari nelle materie rilevanti per le competenze di vigilanza (si fa riferimento, in particolare, agli artt. 53 e 67 del Testo unico bancario in materia di vigilanza regolamentare*

⁹⁸ Tale descrizione, da parte della Banca d'Italia, della sua attività concretizzantesi nell'emanazione delle Disposizioni di Vigilanza conferma la qualifica di "regolamenti" di queste ultime e quindi le considerazioni svolte dalla scrivente nel precedente paragrafo n. 1.3.

sulle banche e sui gruppi bancari). Anche tali disposizioni secondarie sono cogenti per i destinatari e possono fondare misure correttive e provvedimenti sanzionatori».

Le Disposizioni di cui sopra sono state, come già precisato, aggiornate in tempi molto recenti per attuarne la conformità agli Orientamenti dell'Autorità bancaria europea (di seguito «ABE» oppure «EBA») ⁹⁹ nelle diverse materie di esternalizzazione e di *governance* interna¹⁰⁰. Entrambi codesti Orientamenti, pur riferiti ad ambiti differenti, ai sensi dell'art. 1 degli stessi sono stati «(...) emanati in applicazione dell'articolo 16 del regolamento (UE) n. 1093/2010. *Conformemente all'articolo 16, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1093/2010, le autorità competenti e gli enti finanziari compiono ogni sforzo per conformarsi agli orientamenti.* Gli orientamenti presentano la posizione dell'ABE in merito alle prassi di vigilanza adeguate all'interno del Sistema europeo di vigilanza finanziaria o alle modalità di applicazione del diritto dell'Unione in un particolare settore. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 1093/200, le autorità competenti sono tenute a conformarsi a detti orientamenti integrandoli opportunamente nelle rispettive prassi di vigilanza (per esempio modificando il proprio quadro giuridico o

⁹⁹ Tale Autorità esercita un rilevante compito di natura giuspubblicistica, avendo come obiettivo (secondo quanto stabilito nell'art 1, comma 5, Regolamento UE n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010) quello di «(...) proteggere l'interesse pubblico contribuendo alla stabilità e all'efficacia a breve, medio e lungo termine del sistema finanziario, a beneficio dell'economia dell'Unione, dei suoi cittadini e delle sue imprese». Sempre secondo la suddetta disposizione – v. lettera f) –, l'Autorità in esame «contribuisce» altresì ad «aumentare la protezione dei consumatori». Viene dunque in rilievo, anche in questo caso, la significativa attenzione dedicata dal legislatore comunitario al fenomeno consumeristico, come peraltro espressamente specificato nel considerando n. 22 del Regolamento di cui sopra, ove viene affermata la necessità di «(...) fissare norme tecniche di regolamentazione armonizzate in materia di servizi finanziari, in modo da assicurare, in particolare grazie ad un corpus unico di norme, condizioni di parità e la tutela adeguata dei depositanti, degli investitori e dei consumatori in tutta l'Unione». Per una prima analisi dell'ABE si rinvia a F. VELLA, G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Il Mulino, Bologna, 2019, 340.

¹⁰⁰ V. le premesse in tal senso formulate nell'«Atto di emanazione del 34° aggiornamento» della Circolare n. 285/2013 della Banca d'Italia in www.bancaditalia.it, sezione *Compiti*, sottosezione *Vigilanza sul sistema bancario e finanziario* (v. *Normativa* e, successivamente, *Archivio norme e Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013*), ove viene più precisamente dato atto che «con il presente aggiornamento viene ristampata integralmente la Circolare n. 285/13. Le principali modifiche riguardano il Capitolo 3 “Il sistema dei controlli interni” e il capitolo 4 “Il sistema informativo” della Parte I, Titolo IV, della Circolare (con rubrica «Governance societaria, controlli interni, gestione dei rischi», n.d.r.), per dare attuazione agli orientamenti dell'EBA in materia di esternalizzazione (*Guidelines on outsourcing*, EBA/GL/2019/02). Sono state inoltre effettuate limitate modifiche di carattere esplicativo alle disposizioni del Capitolo 3 per assicurare un pieno allineamento con gli Orientamenti dell'EBA sulla *governance* interna (EBA/GL/2017/11), cui le disposizioni sono già conformi. Infine, sono state introdotte alcune semplificazioni alla disciplina dei gruppi bancari cooperativi ed effettuati alcuni interventi redazionali».

le proprie procedure di vigilanza), anche quando gli orientamenti sono diretti principalmente agli enti».

Pertanto, le Disposizioni di Vigilanza, con specifico riferimento al «Governo societario» delle banche (che è specificatamente oggetto della relativa parte I, titolo IV, capitolo n. 1), per quanto indicato nelle statuizioni di «carattere generale» che regolamentano il suddetto governo, beneficiano (in un'ottica generale) di un substrato normativo nazionale (tra cui rileva, in particolare, ai fini del presente elaborato, l'art. 53, comma 1, lett. d, T.U.B.), ma si inquadrano (oltre che in ambito internazionale)¹⁰¹ anche nel diritto europeo¹⁰² soprattutto in forza della direttiva cd. “CRD IV” (che è la 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013)¹⁰³ e degli Orientamenti sulla *governance* interna dell'ABE suindicati¹⁰⁴.

In particolare, con la direttiva CRD IV, ai fini che qui interessano, viene disposto (nel relativo art. 88, comma 1) che «gli Stati membri assicurano che l'organo di gestione definisca dispositivi di governance che assicurino un'efficace e prudente gestione dell'ente, comprese la separazione delle funzioni nell'organizzazione e la prevenzione dei conflitti di interesse, ne sorvegli l'attuazione e ne risponda».

Pur rinviando al successivo capitolo n. 3 la disamina delle clausole contenute nella direttiva in esame (oltre che negli Orientamenti suindicati) riferite al governo delle banche, è necessario sin d'ora rilevare che le Disposizioni di Vigilanza della Banca

¹⁰¹ Viene specificato, sempre nelle statuizioni di «carattere generale» in esame, che rilevano ai fini della disciplina del «Governo societario» anche «le linee guida emanate dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria in materia di: “*Principles for enhancing corporate governance*”, ottobre 2010; “*Core Principles for Effective Banking Supervision*”, settembre 2012».

¹⁰² Per F. RIGANTI, *op. cit.*, 63, la disciplina bancaria negli ambiti internazionale ed europeo è sottoposta ad un «(...) *trend* evolutivo (che, n.d.r.), capace da un lato di attuare una concreta riforma della materia, è esposto, dall'altro lato, ad un eccesso normativo e regolamentare, a sua volta tuttavia traduttivo di quel rischio di «*eurosclosi*» mirabilmente evidenziato dalla dottrina più autorevole ed in estrema sintesi sintomatico di un apparato normativo sovranazionale a tal punto ricco da risultare talvolta «eccessivo» e di difficile recepimento, adattamento e coordinamento con la normativa dei singoli Stati membri».

¹⁰³ Tale direttiva, nella relativa disamina da parte di O. CAPOLINO, *Il governo societario delle banche: regole e strumenti nelle disposizioni di vigilanza e nelle norme europee*, in A. PRINCIPE (a cura di), *op. cit.*, 19, «(...) contiene norme sulla *governance* ben più ampie e dettagliate rispetto ai pochi principi generali enunciati dalle direttive precedenti, specificando i compiti degli organi, la loro composizione qualitativa e quantitativa, l'istituzione ed il ruolo dei comitati interni, il sistema di *risk management*, gli obblighi di informativa al mercato».

¹⁰⁴ Osserva S. AMOROSINO, *op. cit.*, 44, che «sotto il profilo normativo la pervasiva incidenza della “determinante europea” trova conferma, anche in questo campo, con la Direttiva 2013/36 CE e il Regolamento n. 575/2013, i quali (...) hanno accentuato “l'imputazione agli organismi societari della responsabilità per la gestione dei rischi”. Ad esso vanno aggiunte le “Linee Guida” dell'EBA».

d'Italia non solo recepiscono per il modello organizzativo degli istituti creditizi prescrizioni di matrice comunitaria¹⁰⁵ (oltre che indicazioni – a livello di *soft law* – di natura internazionale), che peraltro si connotano per la valorizzazione di soluzioni di natura prudenziale nella costruzione della struttura societaria (soprattutto ai fini della prevenzione e trattazione dei rischi implicati dalla peculiare attività sociale), ma sono anche espressione dell'autonoma potestà regolamentare della stessa Banca d'Italia, a cui si deve, per certi aspetti, un maggior dettaglio delle *funzioni* societarie¹⁰⁶ individuate dalla disciplina europea¹⁰⁷.

Tale potestà, considerata (limitatamente al governo societario delle singole banche) per i suoi profili sia di ricezione/attuazione del diritto comunitario, sia di esercizio dell'autonomia regolamentare, solleva però dubbi interpretativi allo studioso del diritto costituzionale, che deve indagare la legittimità o meno della stessa alla luce degli artt. 41 e 47 Cost. (i quali, secondo quanto già esposto nel precedente paragrafo n. 1.2, operano su piani differenti).

Benché sembri indubitabile che la Banca d'Italia, in un'ottica generale, detenga ed eserciti *ex lege* (ai sensi dell'art. 6, comma 1, T.U.B.) il potere di applicare e attuare le prescrizioni comunitarie con le sue Disposizioni di Vigilanza, permangono

¹⁰⁵ Il rapporto, in linea generale, tra le autorità creditizie italiane (comprehensive anche della Banca d'Italia) e il diritto europeo è regolamentato dall'art. 6, comma 1, T.U.B., secondo cui «le autorità creditizie esercitano i poteri loro attribuiti in armonia con le disposizioni dell'Unione europea, applicano i regolamenti e le decisioni dell'Unione europea e provvedono in merito alle raccomandazioni in materia creditizia e finanziaria».

¹⁰⁶ Proprio la costruzione dell'organizzazione del governo societario delle banche in chiave funzionale è stata considerata in dottrina da S. AMOROSINO, *op. cit.*, 49, conferma del fenomeno di «amministrativizzazione delle imprese». Più nel dettaglio, tale Autore osserva *ivi*, 49, che «(...) una conferma di quanto s'è accennato a proposito dell'«amministrativizzazione delle imprese» viene dal fatto che, in ordine alla struttura della *governance* delle società bancarie, il concetto chiave utilizzato da Banca d'Italia è proprio quello di *funzioni* (...)».

¹⁰⁷ In via esemplificativa si segnala che O. CAPOLINO, *Il governo societario delle banche: regole e strumenti nelle disposizioni di vigilanza e nelle norme europee*, cit., 22, rileva come nelle Disposizioni di Vigilanza (nella loro versione dell'anno 2013, che però è rimasta immutata ad oggi per il profilo in esame e *infra* dettagliato) sia contenuta l'indicazione della composizione numerica dei «consigli», benché una simile prescrizione non sia contenuta nella direttiva CRD IV. Più precisamente, codesta Autrice asserisce che «tra le principali novità appartenenti al novero delle prescrizioni non strettamente richieste dalla necessità di dare attuazione alla direttiva rientrano, in primo luogo, le prescrizioni riguardanti la composizione numerica degli organi. (...) viene così indicato espressamente il numero massimo di componenti ritenuto compatibile con la sana e prudente gestione della banca, individuato in quindici per le banche che adottano il modello tradizionale, in diciannove per le banche con modello monistico e in ventidue per le banche con modello dualistico (...). Queste previsioni pongono, evidentemente, il problema del rapporto tra autonomia statutaria delle banche e potere regolamentare della Banca d'Italia. Considerato tuttavia che le Disposizioni non fissano direttamente il numero dei consiglieri, ma indicano solo un tetto massimo, non può dirsi che le previsioni in questione annullino del tutto l'autonomia statutaria; certamente però esse la indirizzano in misura notevole, con lo scopo di garantire la funzionalità dell'ente, ma anche di determinare risparmi di spesa per le società bancarie».

tuttavia margini di incertezza interpretativa sul contenuto di tali prescrizioni e sulle disposizioni autonomamente assunte dalla Banca d'Italia sulle tematiche di cui all'art. 53, comma 1, lett. d), T.U.B.

Ad avviso di chi scrive, infatti, non deve dimenticarsi che l'attività bancaria, pur connotata da interessi di rilevanza pubblica, riveste comunque natura imprenditoriale e, come tale, il legislatore può incidere sulla stessa (ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost.) per ragioni di «fini sociali»; ci si deve però domandare se e fino a che punto la libertà discrezionale dell'organo amministrativo (oltre che dei soci) degli istituti creditizi, nell'ambito della definizione, approvazione e salvaguardia della struttura organizzativa interna, possa essere compressa o, financo, annullata (per ragioni di matrice europea ovvero per scelte della Banca d'Italia) in favore di interessi diversi da quelli strettamente sociali.

Pare dunque proficuo sviluppare il ragionamento adottando come criterio orientativo della valutazione del contenuto delle Disposizioni di Vigilanza (sia quale “riflesso” della normativa europea, sia quale espressione della potestà regolamentare autonoma della Banca d'Italia) il livello di compromissione (ritenuta accettabile) della libertà discrezionale dell’“imprenditore” bancario. Se tale compromissione, rispetto alle soluzioni fornite dalle Disposizioni in esame di volta in volta oggetto di vaglio, sembrerà eccessiva rispetto alla tutela da accordarsi agli interessi pubblici, si dovranno ritenere illegittime e prive di fondamento costituzionale le dette soluzioni, posto che la «Repubblica» deve tutelare il risparmio e il credito, ma non per questo la Banca d'Italia (quale istituto operante *ex lege* nell'alveo «repubblicano»), anche se la fonte normativa fosse il diritto europeo, può eccessivamente limitare la libertà d'azione dell'organo amministrativo (e dei soci) delle banche¹⁰⁸.

¹⁰⁸ L'individuazione della corretta sede giudiziale in cui contestare la legittimità o meno delle Disposizioni di Vigilanza solleva la problematica del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, rispetto a cui ci si limita a rinviare a Cons. Stato, 31 luglio 2017, n. 3822, in www.giustizia-amministrativa.it, sezione *Decisioni e Pareri*, con cui è stata dichiarata soggetta al giudice amministrativo la controversia sull'atto regolamentare contestato e spettante, invece, al giudice ordinario la lite sui singoli provvedimenti sanzionatori impugnati.

CAPITOLO 2

Il perimetro valutativo della *governance* bancaria: la disciplina privatistica degli obblighi degli amministratori di s.p.a. (nel sistema tradizionale) di agire in modo informato e di predisporre adeguati assetti societari

§ 2.1 - Diligenza, assetti societari e informazione: il loro (dialettico) rapporto alla luce della clausola generale della ‘corretta amministrazione’

Al fine di sviluppare la direttrice delineata, in un’ottica costituzionale, nel precedente capitolo n. 1 (volta ad indagare se e fino a che punto, rispetto alla definizione, approvazione e salvaguardia degli assetti societari delle banche adottanti il sistema amministrativo cd. “tradizionale”, possa essere compresa la libertà discrezionale dei relativi amministratori – e soci), è necessario porre le opportune premesse, sul piano tecnico della disciplina comune (nel presente capitolo) e della normativa speciale (nel successivo capitolo) in ordine ai profili selezionati a tal fine, per consentire l’emersione dal diritto di valori costituzionali.

Verranno dunque *infra* svolti approfondimenti in tema di diligenza, assetti societari e informazione, nel loro dialettico rapporto per gli amministratori di s.p.a., che devono necessariamente essere avviati da una preliminare considerazione, che si pone come base del ragionamento di seguito articolato: al legislatore del 2003, con la riforma del diritto societario ad opera del d.lgs 17 gennaio 2003, n. 6, deve attribuirsi il merito di aver assunto (seppur per via indiretta) la ‘corretta amministrazione’ quale clausola generale¹⁰⁹ *primariamente* orientativa dell’operato

¹⁰⁹ L’espressione ‘clausola generale’ è qui intesa nel senso elaborato da F. PEDRINI, *Le “clausole generali”*. *Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., *passim*, ma part. 51, per il quale «nel caso delle clausole generali, insomma, per definizione non esisterà mai un’altra disposizione dell’ordinamento giuridico espressiva di una meta-norma che delle prime determini il significato in modo espresso e diretto, definendone gli elementi costitutivi (...)». Puntuali (ancorché in parte diversi negli esiti) riferimenti alla ricostruzione del concetto (articolati in particolare sulla clausola generale della ‘buona fede’, che evidentemente presenta una stretta attinenza col tema qui trattato) si rinvencono in F. PIRAINO, *op. cit.*, *passim*, ma part. 41 ss., il quale, in un’ottica ricognitiva delle proprie (articolate)

dei consiglieri della società azionaria¹¹⁰ (qui considerata come non quotata¹¹¹, non vigilata e non appartenente a un gruppo)¹¹².

Il contenuto di tale clausola non è tuttavia espressamente normato¹¹³, essendo soltanto previsto per le s.p.a. (nell'art. 2403, comma 1, c.c.), con riferimento ai «principi di corretta¹¹⁴ amministrazione», l'obbligo di vigilanza del collegio

considerazioni (volte all'approfondimento della diade principio / clausola generale), afferma *ivi*, 136, che «(...) la clausola generale coincide con una disposizione normativa intrinsecamente indeterminata e a carattere valutativo anch'essa, ma non necessariamente espressiva di un fine in sé», ravvisando «(...) l'appartenenza delle clausole generali al comparto delle tecniche di confezionamento della norma, e, dunque, la loro *natura di enunciati normativi*».

¹¹⁰ In dottrina è stata particolarmente valorizzata la clausola in esame da P. MONTALENTI, *op. cit.*, 712 ss., e ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 47, secondo cui «da riforma del 2003 ha inoltre elevato i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli amministratori». V. sul tema, sempre in dottrina, anche: M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in <http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/12008/irrera.pdf>, 8, il quale osserva come «il legislatore (della riforma del diritto societario del 2003, n.d.r.) sancisce – indirettamente (attraverso l'art. 2403 c.c. per il collegio sindacale, n.d.r.) – ma in modo assolutamente espresso e chiaro – quale sia l'obbligo per eccellenza degli amministratori: rispettare i principi di corretta amministrazione»; A. NIGRO, “Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, 469/I.

¹¹¹ Nonostante la scelta redazionale qui adottata, sembra sin d'ora utile segnalare che, come osservato da S. ALVARO, M. MAUGERI, G. STRAMPELLI, *Investitori istituzionali, governo societario e codici di stewardship*, in www.consob.it, sezione *La Consob e le sue attività*, sottosezione *Pubblicazioni* (v. *Studi e ricerche e, successivamente, Quaderni giuridici*), n. 19 (gennaio 2019), 53, «i compiti e le funzioni del consiglio di amministrazione di una società quotata (al pari di una non quotata) si ricavano invece essenzialmente dalle disposizioni di diritto comune contenute nel codice civile in materia di società per azioni (art. 2380-bis, 2381 e 2388 c.c.). Ciò in quanto, nonostante l'indubbia centralità che riveste il Consiglio di amministrazione (...) nella *corporate governance* di una società quotata, il testo unico della finanza non contiene disposizioni specifiche in materia di attribuzioni e funzioni dell'organo gestorio».

¹¹² Per ragioni di scelte organizzative e al fine (principale) di non dilatare l'ambito della presente indagine, i profili di seguito esaminati con riferimento al sistema tradizionale di amministrazione delle s.p.a. verranno trattati con riferimento, come già precisato, alle sole società non appartenenti a un gruppo, non quotate e non sottoposte a vigilanza, circoscrivendo e orientando alla mera finalità comparatistica, ove considerata rilevante per gli aspetti di volta in volta approfonditi, la disciplina del T.U.F. e del Codice di *Corporate Governance* degli enti quotati.

¹¹³ Si segnala altresì che, nell'ambito della disciplina codicistica dei cd. “gruppi”, è contenuta una norma analoga, che sanziona la cd. “capogruppo” qualora la stessa eserciti la propria attività di direzione e coordinamento (anche) «in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale».

¹¹⁴ Tale aggettivo richiama, *ex se*, la nozione di correttezza e, conseguentemente, gli studi alla stessa dedicati in dottrina, tra i quali è meritevole di rinnovato richiamo quello di F. PIRAINO, *op. cit.*, 12 ss. che, ponendo come assunto iniziale quello dell'«(...) assimilazione in un unico concetto (delle due figure della buona fede e della correttezza, n.d.r.)», con conseguente configurazione dell'«(...) endiadi buona fede-correttezza (...)», al termine di ampi approfondimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinari, conferma *ivi*, 27, tale assunto, affermando che «il vero fronte non consiste, allora, nel profondere energie in operazioni di perimetrazione da *actio finium regundorum*, mai pervenute a risultati realmente convincenti, quanto piuttosto nel rinnovare contenuti e funzioni dell'antica nozione di buona fede sulla spinta di quell'iniezione di novità apportata dalla correttezza».

sindacale ¹¹⁵ ; vi sono però elementi reperibili *aliunde* che giustificano l'interpretazione qui adottata e che sono identificabili nei doveri di diligenza, di predisposizione di un'adeguata struttura societaria e di agire in modo informato da parte dei suddetti consiglieri, che, benché non disciplinati in una singola disposizione di legge, nella loro coordinata operatività conferiscono contenuto alla clausola stessa, elevandola a “faro” dell'intera azione amministrativa¹¹⁶.

Tuttavia, anche tali doveri presentano elementi di incerta interpretazione, che sollevano interrogativi e risposte per lo studioso che si appresti alla loro analisi; quel che è certo è che questi tre doveri devono essere collegati tra loro e, attraverso la loro lettura e interpretazione congiunta, sono definibili i contorni della clausola generale in esame, che ad oggi può ritenersi l'architrave portante dell'intera disciplina dedicata all'amministrazione delle s.p.a.

Avviando l'analisi dal primo dei doveri in esame, quello della diligenza, si ritiene che lo stesso debba intendersi come parametro valutativo di altri obblighi e quindi come dovere privo di una propria e autonoma rilevanza disgiunta da altri comportamenti richiesti e imposti agli amministratori (per via normativa e statutaria)¹¹⁷.

Il legislatore si riferisce espressamente allo stesso là dove, nell'art. 2392, comma 1, c.c., stabilisce (come ben noto) che «gli amministratori devono adempiere i doveri ad essa imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze»; ciascun membro dell'organo

¹¹⁵ Tale obbligo era già previsto nell'ambito della disciplina dedicata dal T.U.F. al collegio sindacale, che oggi, ai sensi dei successivi interventi normativi ed ai fini che qui rilevano, dispone l'obbligo del detto collegio di «(...) vigila(re, n.d.r.): (...) b) sul rispetto dei principi di corretta amministrazione; c) sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione; (...)».

¹¹⁶ Sembra avallare la posizione apicale della clausola in esame anche Cass. 29 dicembre 2017, n. 31204, in *Società*, 2018, 691, con nota di G. MILANO, *Responsabilità degli amministratori non esecutivi per colpa nella conoscenza e colpa nell'attivazione*, *ivi*, 695, mediante l'asserzione secondo cui nelle società di capitali «esiste, dunque, quel che è stato chiamato un “sistema di controllo policentrico”; il fine è quello di ottenere, grazie all'eterogeneità dei controlli, una garanzia rafforzata dell'osservanza delle regole di corretta amministrazione; (...)».

¹¹⁷ Si segnala che M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 8 ss., proprio con riferimento al dovere di corretta amministrazione, propone la definizione di diligenza quale «(...) criterio di valutazione dell'operato del debitore (nella specie: gli amministratori) nell'adempimento delle prestazioni a cui è tenuto. In altre parole, come un'attenta dottrina ha da subito colto, “il nuovo sistema, se correttamente interpretato, potrà essere in grado di ristabilire il principio (...) secondo cui la diligenza non può mai costituire oggetto di un obbligo o peggio il contenuto della prestazione dedotta nell'obbligazione, bensì soltanto il modo di adempiere esattamente l'obbligazione».

amministrativo è quindi tenuto ad adempiere diligentemente alle proprie funzioni e l'operato di ciascuno di essi è sottoposto ad un giudizio che presenta anche elementi di soggettività, implicati dal riferimento nella norma di cui sopra alla «natura dell'incarico» e alle «specifiche competenze»¹¹⁸.

Sembra quindi emergere con chiarezza dal dettato normativo analizzato la doverosa prestazione, da parte dei consiglieri di amministrazione, di una diligenza professionale ¹¹⁹, che rasenta quasi i limiti della perizia (senza, tuttavia, immedesimarsi con la stessa) per le specifiche funzioni esercitate da ognuno di essi¹²⁰ (ed in ragione delle quali gli stessi sono stati nominati dai soci).

Con diligenza, dunque, devono essere valutati gli altri due obblighi oggetto della presente analisi, che sono, come già specificato, quelli di predisporre adeguati assetti societari e di agire in modo informato.

Il primo dei suddetti obblighi è richiamato in forma espressa nell'art. 2381, commi 3 (II capoverso) e 5, c.c., ove è rispettivamente previsto che il consiglio di amministrazione «sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione» (comma 3, II capoverso) e che «gli organi delegati curano che l'assetto

¹¹⁸ Secondo P. PISCITELLO, *op. cit.*, 1170, non è possibile definire il grado di diligenza richiesto agli amministratori mediante «(...) un criterio generale valido in contesti eterogenei; piuttosto, appare opportuno differenziare la diligenza (e la conseguente responsabilità) in relazione alle caratteristiche della società (tipo, dimensioni, settore dell'attività ecc.) ed alle competenze del singolo amministratore. In quest'ottica, assumono rilievo le qualità personali dell'amministratore che hanno indotto a nominarlo, sicché non sembra possibile richiedere indifferentemente lo stesso grado di diligenza ad un *manager* e ad un consulente legale nominato nel consiglio di amministrazione».

¹¹⁹ V. in tal senso, nella (peraltro recente) giurisprudenza di legittimità, Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in *Giur. comm.*, 2017, 835/II, con nota di P. PIAZZA, *La Cassazione torna sulla responsabilità degli amministratori senza deleghe: problemi risolti e questioni ancora aperte*, *ivi*, 842, e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Prato, 14 settembre 2012 (ord.), in www.ilcaso.it, sezione *Archivi*, sottosezione *Diritto Societario e Registro Imprese* (v. *Merito*).

¹²⁰ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa tit. credito*, cit., 711 ss., osserva sul tema che «il legislatore (della riforma, n.d.r.) risolve l'annosa questione dello *standard* di diligenza dell'amministratore, che il codice previgente ancorava alla diligenza del buon padre di famiglia, (...). La norma attuale ancora lo *standard* alla "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico" (art. 2392, comma 1°) e cioè, appunto, alla diligenza professionale, (...). (...) Il legislatore, con una disposizione fortemente innovativa, anche con riferimento all'esperienza comparatistica, precisa che la diligenza degli amministratori deve essere parametrata alle "loro specifiche competenze". Con il che lo *standard* si avvicina significativamente alla perizia, (...)».

organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura¹²¹ e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate» (comma 5).

Da un'interpretazione coordinata delle norme di cui sopra (art. 2403, comma 1, e art. 2381 – commi 3 e 5) si rinviene quindi una tripartita assegnazione dei ruoli degli organi sociali rispetto agli assetti societari, che sono “curati” dagli amministratori delegati, “valutati” dall'organo amministrativo (nella sua composizione plenaria) e “vigilati” dall'organo di controllo (il collegio sindacale).

Questa concorrente assegnazione di funzioni rispetto alla struttura della società, attestata tuttavia su piani distinti, mette principalmente in luce le diverse condotte a cui sono tenuti, da un lato, i consiglieri non esecutivi (considerati per la loro partecipazione all'organo – collegiale – di amministrazione) e, dall'altro lato, i consiglieri delegati (quali titolari, appunto, di deleghe). Nell'interrelazione tra le due “tipologie” di amministratori svolge un ruolo centrale il presidente dell'organo amministrativo al quale sono demandati dalla legge importanti compiti (soprattutto) di coordinamento per il corretto funzionamento dell'organo stesso (anche – e, anzi, principalmente – attraverso trasparenti, costanti e aggiornati flussi informativi rispetto a cui il medesimo presidente assume una posizione di garanzia).

Benché la tematica (e problematica) delle diverse figure presenti nel consiglio di amministrazione verrà approfondita nel successivo paragrafo n. 2.2, preme mettere in luce sin d'ora la presenza di differenti “anime” componenti l'organo amministrativo di una s.p.a. che rilevano ai fini della realizzazione e del monitoraggio degli assetti societari (trattasi dei consiglieri deleganti e di quelli delegati)¹²², nonché la composizione delle stesse attraverso un soggetto *ad hoc* prefigurato dal legislatore (il presidente del c.d.a.).

¹²¹ Secondo V. BUONOCORE, *op. cit.*, 13/I, «(...) “natura” (...) sta in luogo di “oggetto” o di “attività esercitata”».

¹²² Anche M. REBOA, *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2010, 659/I, ritiene che vi siano «(...) due anime fondamentali dell'organo amministrativo riconosciute e tenute distinte in tutte le fonti consultate: quella di “gestire” (si precisa sin da subito che nei fatti trattasi più propriamente di “governare la gestione”, principalmente attraverso la designazione degli esecutivi e la formulazione delle direttive e delle deleghe) e quella di “vigilare” sulla gestione (principalmente attraverso il monitoraggio degli esecutivi e delle performance da questi realizzate).

Tale assetti, peraltro, beneficiano oggi di una norma generale che li impone a qualsiasi imprenditore «che operi in forma societaria o collettiva»; trattasi, come risaputo, dell'art. 2086, comma 2, c.c.¹²³, introdotto dal Codice della crisi (v. art. 375), ove è stata anche esplicitata la finalizzazione degli assetti in esame alla «tempestiva rilevazione dello stato di crisi» e all'«assunzione di idonee iniziative»¹²⁴.

Il detto decreto ha anche rafforzato, a livello policentrico, i doveri di controllo sugli assetti societari, estendendoli espressamente al soggetto tenuto alla revisione legale; nell'art. 14, comma 1, è stato infatti disposto che «gli organi di controllo, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'*obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente*, assumendo le conseguenti idonee iniziative, *se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato*, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di *fondati indizi della crisi*».

Con il Codice della crisi, ai fini che qui rilevano, è stato infine riformulato (mediante l'art. 377, comma 2) il contenuto dell'art. 2380 *bis*, comma 1, c.c., che è stato rimodulato nei seguenti termini: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

Dal complesso e combinato disposto di tutte le norme di legge esposte emerge quindi la grande rilevanza degli assetti (organizzativi, amministrativi e contabili) sia per il legislatore, che, ancor prima di attribuire la funzione gestionale – in via esclusiva – agli amministratori (sempre qui considerati nel sistema tradizionale di una s.p.a. non quotata, non soggetta a vigilanza e non appartenente a un gruppo), prescrive che la

¹²³ L'art. 2086, comma 2, c.c. prescrive che «l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

¹²⁴ Così l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 14/2019. L'art. 2, comma 1, lett. a), dell'anzidetto decreto definisce peraltro come «crisi: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettivi a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate».

stessa debba essere svolta assolvendo *primariamente* l'obbligo di istituzione dei detti assetti in via conforme «alla natura e alle dimensioni dell'impresa», sia per i medesimi amministratori, ai quali è richiesto di adoperarsi per porre in essere un'adeguata ed efficiente struttura societaria anche (e soprattutto) al fine di evitare il verificarsi di situazioni patologiche per l'impresa (a pena della loro personale responsabilità).

L'impianto normativo esaminato pone dunque una stretta (e vincolante) connessione tra assetti della società e profili rischiosi dell'attività sociale, richiedendo che gli eventuali segnali di “sofferenza” e “allarme” da quest'ultima manifestati siano percepiti immediatamente, per una loro pronta soluzione, attraverso l'organizzazione societaria *ad hoc* predisposta da parte degli amministratori (secondo le rispettive competenze e funzioni).

Stante la centralità dei compiti di individuazione, monitoraggio e rilevazione dei rischi nell'ambito degli assetti da strutturarsi da parte degli amministratori, può affermarsi che elemento consustanziale degli stessi assetti sia anche il sistema di controllo interno¹²⁵, che il T.U.F. prevede per qualsiasi s.p.a. quotata, ivi inclusa quella adottante il modello di amministrazione tradizionale – potendosi così desumere dall'art. 149, comma 1, lett. c), dall'art. 150, comma 4 e dall'art. 123-*bis*, comma 2, lett. b)¹²⁶ – e che il codice civile invece, *expressis verbis*, riferisce alle sole

¹²⁵ Osserva P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., 713, che «segmento, e fulcro, degli assetti organizzativi adeguati è il sistema di controllo interno, che costituisce lo snodo cruciale dell'articolazione del potere d'impresa e delle regole di responsabilità. L'obbligatorietà del sistema di controllo interno deve essere riconosciuta come principio di diritto societario comune in quanto elemento necessario ai fini dell'adeguatezza della struttura organizzativa della società, sia pure con caratteri di maggiore o minore complessità in ragione della dimensione e della tipologia dell'impresa». Favorevole all'obbligatorietà del sistema di controllo interno per qualunque s.p.a. è anche F. CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario*, Wolters Kluwer, Milano, ed. V, 2020, 242, secondo cui «(...) il sistema di controllo interno risponde alla necessaria procedimentalizzazione dell'attività d'impresa svolta in forma di società per azioni, il che lo rende, in tali società, un elemento essenziale e imprescindibile dell'organizzazione, altro invero essendo il problema di individuare in concreto quale articolazione esso debba assumere e valutarne l'efficienza e l'efficacia, allora si dovendosi avere riguardo alle peculiari caratteristiche della singola impresa». Si dichiara contrario a tale obbligatorietà M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 22 ss., il quale afferma a tal proposito (altresì) che «si tratta di un sistema la cui presenza deve reputarsi soltanto eventuale, ovvero necessario soltanto per le imprese di maggiore dimensione o sottoposte alla vigilanza delle Autorità indipendenti (Banca d'Italia, Consob e Isvap) che ne hanno fatto specifica richiesta o ne hanno suggerito l'istituzione».

¹²⁶ Le tre norme citate nel testo rappresentano per C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2017, 654/I gli «(...) indizi normativi alquanto espliciti sulla necessità di un sistema di gestione di controllo interno e di gestione dei rischi nelle società quotate, (...)». Dalla lettura combinata delle dette norme M. IRRERA, M. SPIOTTA, M. CAVANNA, *Gli obblighi e i doveri*, in M. IRRERA (diretto da), *Diritto del governo delle*

società dotate del sistema monistico¹²⁷. Nonostante la disciplina comune, di natura codicistica, sia dunque priva di una norma che generalizzi il sistema in esame per qualsiasi s.p.a., sembra doversi tuttavia affermare che tale sistema debba comunque caratterizzare qualsiasi ente azionario a prescindere dalla relativa quotazione e dal modello amministrativo adottato. Infatti, essendo «la diagnosi della crisi (...) tappa essenziale per adottare soluzioni operative adeguate»¹²⁸, il sistema di controllo interno deve essere considerato come elemento intrinseco e coesistente a ogni s.p.a., a pena di responsabilità (grave) dell'organo amministrativo¹²⁹.

È tuttavia evidente che nell'ambito dei doveri richiesti, in adempimento, agli amministratori (nella costruzione e monitoraggio degli assetti), la diligenza da spiegarsi da parte di ciascuno essi – pur declinabile in base alla propria, peculiare, posizione, derivante dalla combinata valorizzazione dei relativi compiti e capacità professionali – implichi una valutazione del loro (e terzo dovere qui considerato di) agire in modo informato.

L'art. 2381, comma 6, c.c. dispone infatti che «gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società».

Pur rinviando la trattazione della disposizione in esame al successivo paragrafo n. 2.2, occorre evidenziare sin d'ora che l'informazione assume nella disciplina comune delle s.p.a. approntata dal legislatore un ruolo fondamentale, costituendo la stessa strumento valutativo sia della condotta del singolo amministratore, sia della

imprese, Torino, Giappichelli, ed. II, 2020, 258, evincono «(...) l'inclusione di un sistema di gestione dei rischi nella disciplina degli assetti adeguati».

¹²⁷ V. art. 2409 *octiesdecies*, comma 5, lett. b), c.c., che pone a carico del comitato per il controllo sulla gestione il dovere di «vigila(re, n.d.r.) sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione». Per le società adottanti tali sistema e che siano però quotate vi è il difetto di coordinamento di tale disposizione con l'art. 149, comma 4-*ter*, T.U.F., che non annovera tra le norme da applicarsi al detto comitato quella di cui al comma 1, lett. c), dello stesso articolo (che stabilisce il dovere del collegio sindacale di vigilare «sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione»).

¹²⁸ Così P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 71.

¹²⁹ Lo stringente binomio sistema di controllo interno / rischi aziendali è evidenziato da F. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 245, il quale osserva al riguardo che il detto sistema «(...) si configura in effetti come un processo per la completa e corretta identificazione (nonché adeguata gestione) dei rischi aziendali (operativi, di *compliance*, economico-finanziari ma anche e soprattutto strategici)».

procedimentalizzazione attraverso cui il consiglio di amministrazione (come organo collettivo) e i consiglieri delegati pongono in essere la gestione sociale.

Infatti, ciascun membro dell'organo amministrativo, titolare o meno di delega, potrà ritenersi esente da responsabilità (nei limiti indicati nel successivo paragrafo n. 2.3) qualora la sua condotta oggetto di analisi risulti ragionevole e ponderata sulla base di corretti, costanti e aggiornati flussi informativi prodotti da adeguati assetti societari¹³⁰.

L'informazione, dunque, riveste con la riforma del diritto societario particolare rilevanza e pregnanza, anche tenuto conto che gli obblighi imposti dalla stessa (di informarsi – per i consiglieri deleganti – e di informare – per i consiglieri delegati) hanno sostituito il previgente dovere di vigilanza in capo agli amministratori *non* esecutivi sulle azioni dei “colleghi” operativi¹³¹.

¹³⁰ Secondo C. ANGELICI, *op. cit.*, 166, «(...) l'obbligo previsto dall'art. 2381, sesto comma, cod. civ., di “agire in modo informato”, evidentemente di portata generale ed intrinseco ad ogni valutazione di comportamento in termini di diligenza, si specifica nella società per azioni alla luce dei concreti assetti organizzativi adottati dalla singola società e del modo in cui essi garantiscono un adeguato flusso di informazioni. Non si tratta perciò, come invece avviene nella società a responsabilità limitata, di valutare genericamente se il singolo amministratore ha con diligenza ricercato le informazioni necessarie per le sue scelte, ma se vi è responsabilità nel modo in cui quegli assetti organizzativi sono stati apprestati e concretamente utilizzati».

¹³¹ V. per tutti A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, 136/I. Sembrano tuttavia meritevoli di particolare considerazione le chiare affermazioni di G. MILANO, *op. cit.*, 695, secondo cui «la riforma societaria del 2003 ha inteso delimitare la responsabilità degli amministratori non esecutivi attraverso l'eliminazione dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione previsto nell'originaria formulazione dell'art. 2392, comma 2, c.c. Sulla base di tale obbligo di vigilanza la giurisprudenza degli ultimi decenni aveva fondato una vera e propria responsabilità oggettiva dell'amministratore delegante, la cui conoscenza degli eventi della vita societaria era irrealisticamente equiparata a quella del delegato. In luogo dell'obbligo di vigilare, la riforma ha previsto, all'art. 2381, comma 6, c.c., il dovere in capo ad ogni amministratore – anche delegante – di agire informato sulla base delle informazioni ricevute ed eventualmente di quelle acquisite *motu proprio* in presenza di segnali d'allarme». Quanto, invece, alla giurisprudenza di legittimità, si segnalano i “limpidi” assunti formulati in via adesiva alla tesi esposta nel testo da Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, *cit.*, 840/II, secondo cui «(...) gli amministratori non risultano più sottoposti ad un generale obbligo di vigilanza. E non è senza ragione rammentare che tale scelta legislativa concernente la responsabilità di tali amministratori è stata motivata dall'intento di “evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finivano per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere in carichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili” (tanto si legge nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo numero 6 del 2003). Ed infatti, secondo l'attuale articolo 2392 c.c., “in ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dall'art. 2381, comma 3, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedire il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”. La norma uscita dalla riforma richiama dunque l'art. 2381, comma 3, che pone a carico degli amministratori, tra l'altro, l'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società “sulla base delle informazioni ricevute”, e l'andamento della gestione “sulla base della relazione degli organi delegati”. Ma il rinvio è da intendersi necessariamente esteso anche all'art. 2381 c.c., comma 6, (...)». Nella giurisprudenza di merito v. invece Trib. Milano, 12 dicembre 2012 (ord.), in

Proprio con riferimento al dovere di agire in modo informato si deve dunque esaminare la posizione dei membri del consiglio di amministrazione (nella loro duplicità di deleganti, da un lato, e di delegati, dall'altro lato) per individuarne i compiti e le funzioni rispetto al loro (correlato) obbligo di dotare la società di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili (inclusivi del sistema di controllo interno).

§ 2.2 - Adeguati assetti societari (inclusivi del sistema di controllo interno): analisi degli “attori” rilevanti nel sistema tradizionale di amministrazione di s.p.a.

Prima di approfondire gli “attori”, con le relative attribuzioni, a cui è dedicato l'approfondimento di seguito svolto, si reputa necessario effettuare alcune osservazioni di carattere preliminare in ordine al “concreto” significato di ‘assetti adeguati’ (ivi incluso il sistema di controllo interno).

L'indagine deve tuttavia prendere le mosse da questa considerazione: sebbene il concetto stesso di ‘adeguatezza’ richiami (*prima facie* ed *ex se*) giudizi e condotte discrezionali, seppur di natura tecnico-professionale, da parte degli amministratori, il legislatore del Codice della Crisi sembra aver vincolato questa discrezionalità, quanto meno nel risultato, con riferimento alle società che non siano quotate e che non presentino i requisiti esonerativi di cui all'art. 12, commi 4 e 5, per quegli assetti (e per il sistema di controllo interno) “incisi” dal disposto di cui all'art 13 del detto Codice. Tale norma ha infatti demandato (al comma 2) al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili l'elaborazione, con cadenza almeno triennale, degli indici rilevatori di uno stato di (eventuale) crisi dell'impresa (di cui

Giur. comm., 2013, 1074/II, con nota di M.S. SPOLIDORO, *Poteri di controllo individuale degli amministratori “non delegati” nelle società per azioni*, *ivi*, 1077/II, ove viene affermato che «(...) i poteri del consigliere privo di deleghe vanno di pari passo con il profilo della sua responsabilità nei confronti della società, dei soci e dei terzi. Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente, la riforma del diritto societario ha inciso – restringendola – l'area della responsabilità degli amministratori privi di deleghe, poiché al dovere di vigilare sul generale andamento della gestione ha sostituito quello di “agire in modo informato”, ed ha sostanzialmente fissato il dovere di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, e di contribuire alle scelte gestionali sulla base delle informazioni ricevute dai delegati». In senso conforme agli assunti giudiziali poc'anzi esposti, cfr. sempre del medesimo foro meneghino Trib. Milano, 3 marzo 2015, in *Giur. comm.*, 2016, 335/II, con nota di S. CORRADI, *Dovere di agire in modo informato degli amministratori*, *ivi*, 339/II.

al comma 1)¹³², prevedendo altresì il meccanismo del “*comply or explain*” (al comma 3)¹³³.

Pertanto, laddove una società per azioni (non quotata e non soggetta a vigilanza) non sia in grado di applicare, mediante la sua struttura, gli indici formulati dai professionisti all'uopo individuati dal legislatore (per le loro competenze altamente qualificate), gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili (con il sistema di controllo interno) strettamente connessi all'operatività dei suddetti indici potranno già ritenersi *ex se* inadeguati, con conseguente inadempimento degli amministratori agli obblighi di legge agli stessi imposti.

La considerazione di cui sopra, sebbene (in prima battuta) sia circoscritta al giudizio sull'adeguatezza o meno dei (soli) assetti societari “interessati” dall'art. 13, comma 1, del Codice della crisi, sembra (in seconda battuta) avere effetti di portata maggiore e giustificare una tesi valevole per qualsiasi assetto delle singole s.p.a. non quotate e non soggette a vigilanza: poiché il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili è già stato ritenuto dal legislatore come soggetto professionalmente idoneo a fornire specifico contenuto agli indici rivelatori di uno stato di crisi, attribuendo peraltro a tali indici, nell'ipotesi patologica, una portata vincolante per l'imprenditore collettivo (gravato di – conseguenti – «idonee iniziative»), può conseguentemente attribuirsi al documento formato dal detto Consiglio (in data 30 aprile 2020) in tema di «Compiti e responsabilità degli

¹³² Ad oggi tali indici non risultano, tuttavia, ancora essere stati elaborati (o, quanto meno, non ne consta la pubblicazione).

¹³³ L'art. 13 in esame presenta la seguente formulazione: «1. Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24. 2. Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, elabora con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., gli indici di cui al comma 1 che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa. (...). 3. L'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio e indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi. Un professionista indipendente attesta l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa. L'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti per l'esercizio successivo».

amministratori privi di delega»¹³⁴ un'efficacia integrativa del dettato normativo per la predisposizione e la valutazione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per la società (ivi incluso il sistema di controllo interno)¹³⁵.

Tale documento, infatti, sembra contenere quelle regole tecniche, anche di natura procedimentale, che possono/devono orientare l'operato degli amministratori per il diligente compimento dei loro doveri di adeguatamente strutturare e monitorare, mediante idonei flussi informativi tra consiglieri deleganti e delegati, la struttura societaria¹³⁶.

La qualifica del suddetto documento quale fonte interpretativa delle norme contenute nella disciplina comune avente ad oggetto le società in esame sembra potersi sostenere alla luce di quei consolidati orientamenti giurisprudenziali elaborati con riferimento ai principi contabili nazionali, laddove gli stessi sono qualificati come «regole tecniche», di ausilio nell'interpretazione delle disposizioni codicistiche in tema di bilancio¹³⁷.

Pertanto, anche alla luce dell'elaborato «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega» di cui sopra, a cui si ritiene (come già precisato) di attribuire una portata interpretativa, seppur non in modo “assoluto”¹³⁸, del detto

¹³⁴ In www.commercialisti.it, sezione *I documenti, gli studi, le ricerche*, sottosezione *Documenti commissioni di studio e gruppi di lavoro* (v. *Diritto Societario*).

¹³⁵ Non sembra realistico ipotizzare un difetto di coordinamento tra le indicazioni del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili in tema di indici *ex art.* 13 del Codice della crisi e quelle in tema di compiti dei consiglieri di amministrazione sulla realizzazione e valutazione degli assetti organizzativi di cui al documento dello stesso Consiglio con oggetto «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega» di aprile 2020. Le osservazioni svolte dalla scrivente nel prosieguo del testo presuppongono quindi che, ove in una società sia stata approntata e vigilata la struttura societaria conformemente al documento di cui sopra, tale struttura sarà anche in grado di applicare gli indici surriferiti.

¹³⁶ Si consideri al riguardo che secondo D. CESIANO, *op. cit.*, 948/II e 960/II, anche le «regole di scienza» costituiscono metro di valutazione della diligenza degli amministratori nell'adempimento dei loro compiti. La valenza delle regole tecniche quali principi orientativi della diligenza dei consiglieri di amministrazione è messa in luce anche da M. IRRERA, *Dall'adeguatezza degli assetti organizzativi al sistema monistico quale "assetto organizzativo adeguato"?*, in G. MOLLO (a cura di), *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, in www.consob.it, sezione *La Consob e le sue attività*, sottosezione *Pubblicazioni* (v. *Studi e ricerche* e, successivamente, *Quaderni giuridici*), n. 9 (ottobre 2015), 88, il quale afferma che «(...) l'osservanza delle regole, anche tecniche, in cui si sostanzia la correttezza dell'agire dell'organo amministrativo, è divenuta il punto di riferimento fondamentale in rapporto a cui valutare l'operato e la responsabilità degli amministratori».

¹³⁷ Si segnalano in tal senso, quanto alla giurisprudenza di legittimità, Cass. 10 gennaio 2013, n. 400, in www.cortedicassazione.it, sezione *Servizio online* (v. *SentenzeWeb*), e, quanto alla giurisprudenza di merito, Trib. Prato, 14 settembre 2012 (ord.), *cit.*

¹³⁸ L'inciso «seppur non in modo “assoluto”» inserito nel testo è volto ad evidenziare (secondo l'opinione della scrivente) che, qualora gli amministratori non si attenessero alle indicazioni contenute

normativo per i profili suindicati¹³⁹, verranno di seguito esaminate le principali “figure” operanti a livello di organo amministrativo nelle (singole) s.p.a. non quotate e non soggette a vigilanza, con esposizione dei relativi compiti (attuando, per quegli aspetti ritenuti di particolare rilevanza ed ai fini di raffronto, un approfondimento anche alla luce del T.U.F. e del Codice di *Corporate Governance* delle società quotate¹⁴⁰, ove «la materia regolata verte principalmente sull’organo di gestione»¹⁴¹).

PRESIDENTE DEL C.D.A.

Applicando il principio fisico dei vasi comunicanti, costui rappresenta la forza gravitazionale che consente ai flussi informativi di pervenire al medesimo livello di conoscenza nel “vaso” degli amministratori deleganti e nel “vaso” degli amministratori delegati.

La sua figura è infatti di rilevanza centrale per garantire un costante, adeguato, pertinente e idoneo flusso di informazioni tra i due “vasi” indicati e, in caso di sua mancanza, vi sarebbe una disomogenea distribuzione del “liquido” conoscitivo con conseguente malfunzionamento dell’organo amministrativo delle società in esame.

Il codice civile, nonostante l’assoluto rilievo della posizione del presidente nel consiglio di amministrazione, dedica alla stessa solo una scarsa disciplina, limitandosi a prevedere nell’art. 2381, comma 1, c.c. che «salvo diversa previsione

nel documento in esame, gli stessi non dovranno essere, *ex se*, ritenuti responsabili al verificarsi di (eventuali) eventi dannosi, ma quei consiglieri che si saranno invece conformati al detto documento dovranno essere considerati esenti da responsabilità nei limiti in cui il loro margine di discrezionalità (consentito dall’elaborato in esame) si sia concretizzato in una condotta diligente.

¹³⁹ Sembra favorevole (seppur non espressamente) all’attribuzione di una portata integrativa dei principi codicistici alle elaborazioni tecnico-giuridiche del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 17, ss., laddove lo stesso Autore si riferisce alle «Norme di comportamento del collegio sindacale» (nella versione all’epoca vigente – era il 2008) per acquisire «(...) un’idonea conoscenza di come essi (ossia, gli assetti, n.d.r.) siano in concreto costituiti». È vero che l’Autore in esame richiama, ai suoi fini, un documento differente da quello menzionato dalla scrivente nel testo come fonte di interpretazione integrativa delle disposizioni del codice civile in esame, ma è anche vero che all’epoca delle considerazioni dottrinarie poc’anzi riferite il documento «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega», datato 30 aprile 2020, non era ancora stato elaborato. Ecco, quindi, che già nel 2008 veniva valorizzata in dottrina l’alta professionalità del suddetto Consiglio e attribuita al medesimo (seppur indirettamente) la qualifica di fonte ai fini interpretativi del concetto di “assetti societari adeguati”.

¹⁴⁰ Tale Codice rientra nel novero degli «(...) atti di autoregolamentazione, vale a dire portatori di discipline le quali, pur non avendo forza di legge (salvo che dalla stessa siano espressamente richiamate), sono tuttavia idonee a incidere sul comportamento delle società nella misura in cui vengono volontariamente adottate dalle stesse e dunque costituiscono, nel tempo, (le migliori) prassi diffuse (*best practices*)». Così si esprime F. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 2.

¹⁴¹ L’espressione è di F. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 30, seppur riferita al precedente Codice di Autodisciplina delle società quotate.

dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri»¹⁴².

Ponendo come assunto che non sia determinata per via statutaria una diversa disciplina da quella fornita dalla legge, l'incarico presidenziale esige, da parte del soggetto che lo riveste, l'adempimento di compiti di diretta matrice legislativa (potendosi così affermare sia per quelli espressamente normati¹⁴³, sia per quelli direttamente connessi a questi ultimi) e indelegabili volti al corretto funzionamento dell'organo consiliare considerato nel suo *plenum* soprattutto al fine, come già specificato, di garantire che i membri del c.d.a. possano partecipare alla riunione consiliare con adeguata conoscenza degli argomenti all'ordine del giorno.

Questo fine giustifica i poteri che vengono riconosciuti (in via unanime, come sembra) in dottrina al presidente per reperire e acquisire direttamente, alla relativa "fonte d'origine" (*i.e.*, consiglieri delegati e competenti strutture e figure aziendali), quelle informazioni, anche da tradursi eventualmente in *report*, da trasmettere agli altri consiglieri affinché gli stessi possano prendere parte al consiglio convocato dallo stesso presidente in modo adeguatamente informato al fine di assumere decisioni (ovvero solo prendere atto delle circostanze riferite) in modo consapevole e ponderato¹⁴⁴. Gli orientamenti dottrinari di cui sopra hanno trovato ulteriore accreditamento nel documento «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega» del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili ove (a pag. 14) viene stabilito che «(...) il presidente del CdA può rivolgersi direttamente alla struttura della società per acquisire informazioni, anche al fine di verificare l'adeguatezza di quelle fornite dagli amministratori delegati al consiglio in ordine alle materie all'ordine del giorno».

¹⁴² Sono dedicati ad approfondire i compiti del presidente del c.d.a. gli scritti di F. BONELLI, *Presidente del consiglio di amministrazione di s.p.a.: poteri e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2013, 215/I ss., e di P.M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, Torino, UTET, 2007, 439 ss.

¹⁴³ F. BONELLI, *op. cit.*, 217/I, afferma che per tali compiti «(...) il consiglio non ha il potere di direttiva e di avocazione previsto dall'art. 2381³ per i poteri delegati».

¹⁴⁴ Valorizzano i poteri del presidente del c.d.a. volti alla diretta acquisizione, presso le strutture aziendali, delle informazioni ricercate dallo stesso presidente F. BONELLI, *op. cit.*, 218/I, e G. MILANO, *op. cit.*, 699, che li qualifica peraltro come espressione dell'«unica eccezione» al processo conoscitivo degli amministratori non delegati.

Benché, come più volte ripetuto, siano qui presi in esame i soli protagonisti del sistema tradizionale di amministrazione di (singole) s.p.a. non quotate e non vigilate, si ritiene utile segnalare che il Codice di *Corporate Governance* rafforza la posizione del presidente quale “chiave di volta” dei flussi informativi tra consiglieri delegati e non, prevedendo nell’art. 3 che lo stesso «(...) riveste un ruolo di raccordo tra gli amministratori esecutivi e gli amministratori non esecutivi e cura l’efficace funzionamento dei lavori consiliari» (v., più specificatamente, art. 3.P.X).

Nelle «Raccomandazioni» riferite alla suddetta disposizione viene poi precisato (al paragrafo n. 12) che la figura presidenziale (che potrebbe anche assommare deleghe gestorie)¹⁴⁵ «(...) cura:

- a) che l’informativa pre-consiliare e le informazioni complementari fornite durante le riunioni siano idonee a consentire agli amministratori di agire in modo informato nello svolgimento del loro ruolo¹⁴⁶;
- b) che l’attività dei comitati consiliari con funzioni istruttorie, propositive e consultive sia coordinata con l’attività dell’organo di amministrazione;
- c) d’intesa con il *chief executive officer*, che i dirigenti della società e quelli delle società del gruppo che ad essa fa capo, responsabili delle funzioni aziendali competenti secondo la materia, intervengano alle riunioni consiliari, anche su richiesta di singoli amministratori, per fornire gli opportuni approfondimenti sugli argomenti posti all’ordine del giorno;
- d) che tutti i componenti degli organi di amministrazione e controllo possano partecipare, successivamente alla nomina e durante il mandato, a iniziative finalizzate a fornire loro un’adeguata conoscenza dei settori di attività in cui opera la società, delle dinamiche aziendali e della loro evoluzione anche nell’ottica del

¹⁴⁵ Tuttavia, al ricorrere di tale evenienza, la «raccomandazione» n. 13. del Codice in esame individua “correttivi” per garantire la terzietà del presidente del consiglio di amministrazione.

¹⁴⁶ In ordine ai compiti presidenziali indicati nella disposizione trascritta nel testo (trattasi dell’art. nell’art. 3.R.12, lett. a), è stata resa, nell’ambito della prima raccolta de «Le Q&A funzionali all’applicazione del Codice di *Corporate Governance*» del 4 novembre 2020 (*cit.*, pag. 8), la seguente precisazione: «Tenendo conto del suo ruolo di raccordo tra amministratori esecutivi e non esecutivi (principio X), il presidente dell’organo di amministrazione cura la formazione dell’ordine del giorno e assicura, con l’ausilio del segretario dell’organo di amministrazione, la tempestività e la completezza dell’informativa pre-consiliare. Nel caso in cui la documentazione messa a disposizione degli amministratori sia particolarmente complessa e voluminosa, il presidente, con l’ausilio del segretario, cura che essa sia corredata da un documento che ne sintetizzi i punti più significativi e rilevanti ai fini delle decisioni all’ordine del giorno. Ove, in casi specifici, non sia possibile fornire la necessaria informativa con congruo anticipo, il presidente dell’organo di amministrazione, con l’ausilio del segretario, cura che siano effettuati adeguati e puntuali approfondimenti durante le sessioni consiliari».

successo sostenibile della società stessa nonché dei principi di corretta gestione dei rischi e del quadro normativo e autoregolamentare di riferimento;

e) l'adeguatezza e la trasparenza del processo di autovalutazione dell'organo di amministrazione, con il supporto del comitato nomine».

Sembra infine utile segnalare che, sempre nell'ambito del Codice di *Corporate Governance*, al presidente del c.d.a. viene attribuito il compito di attuare il coordinamento interorganico, dovendo lo stesso «(...) assicura(re, n.d.r.) che l'organo di amministrazione sia in ogni caso informato, entro la prima riunione utile, sullo sviluppo e sui contenuti significativi del dialogo intervenuto con tutti gli azionisti» (così l'art. 1.R.1).

In un'ottica di sintesi delle complessive osservazioni sopra svolte si possono quindi richiamare le asserzioni svolte da attenta dottrina, secondo cui «al presidente sono stati, dunque, riconosciuti sia un potere di impulso, organizzazione e coordinamento, sia un ruolo di “garanzia” (in senso non tecnico) dell'informazione»¹⁴⁷ (e ciò a prescindere che si tratti o meno di s.p.a. quotata).

AMMINISTRATORI DELEGANTI E AMMINISTRATORI DELEGATI

All'organo consiliare (composto da tutti gli amministratori nominati dai soci – quindi sia esecutivi che non) è oggi demandata dalla legge, in via esclusiva, la gestione sociale, da compiersi tuttavia nella cornice prefigurata dal legislatore (*ex artt.* 2086, comma 2, e 2380 *bis*, comma 1, c.c.) di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, nonché mediante un idoneo flusso conoscitivo dei dati e delle procedure aziendali¹⁴⁸.

Questa preliminare asserzione implica la disamina degli specifici compiti attribuiti all'organo consiliare (soprattutto nel dialettico rapporto tra consiglieri esecutivi e

¹⁴⁷ In tal senso E. FREGONARA, M. CAVANNA, *La struttura ed il funzionamento*, in M. IRRERA (diretto da), *Diritto del governo delle imprese*, cit., 165.

¹⁴⁸ F. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 131, sintetizza la posizione centrale, con i relativi compiti, del consiglio di amministrazione nell'organizzazione della s.p.a. nei seguenti termini: «Il consiglio diviene dunque l'organo competente ad assumere le decisioni più importanti sotto il profilo economico/strategico (piani strategici e investimenti/disinvestimenti significativi) o in termini di incidenza strutturale sulla gestione (come nel caso della nomina degli amministratori delegati) ovvero in quanto funzionali all'esercizio delle attività di controllo (verifiche sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo e amministrativo. (...)). (...) la molteplicità delle attribuzioni a cui l'organo di amministrazione è titolare, in uno con il generale rafforzamento dei suoi poteri e con la più precisa definizione del ruolo e delle competenze degli amministratori, consentono di rilevare la posizione di centralità che il legislatore, ancor più chiaramente dopo la riforma del 2003, ha inteso assegnare a tale organo all'interno dell'organizzazione della società per azioni».

non), tenuto conto che la legge fissa principalmente (ed ai fini che qui rilevano) nell'art. 2381, commi 2, 3, 5 e 6 la regolamentazione della relativa operatività nei seguenti termini:

- «Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti» (comma 2);
- «Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione» (comma 3);
- «Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate» (comma 5);
- «Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società» (comma 6).

Analizzando in base all'ordine espositivo di cui sopra le attività in capo al consiglio di amministrazione, viene innanzitutto in rilievo (come strumento di svolgimento dei compiti consiliari) l'istituto della delega: attraverso la stessa (ove, tuttavia, legittimata da una previsione statutaria o da una decisione assembleare), il medesimo consiglio può attribuire (ferme le competenze indelegabili di cui all'art. 2381, comma 4, c.c.) proprie funzioni ad un comitato esecutivo ovvero a suoi singoli componenti, efficientando lo svolgimento delle proprie attribuzioni e valorizzando le competenze specifiche dei suoi membri¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Nel documento «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega» del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili viene espressamente affermato (a pag. 4) che «l'istituto della delega assolve tradizionalmente ad una duplice finalità. Da un punto di vista

La delega, tuttavia, ove conferita, non dovrà essere generica, ma potrà essere generale¹⁵⁰, nonché dovrà intendersi estesa (sia nel caso in cui sia comprensiva dell'intera gestione, sia nel caso in cui sia parziale e, come tale, sia «(...) il risultato del *frazionamento* di una delega generale (...)»¹⁵¹) agli assetti societari sottesi al suo oggetto (anche qualora non vi sia una loro espressa menzione nel testo attributivo della medesima)¹⁵²; nel caso di compresenza di più amministratori delegati, questi ultimi dovranno quindi coordinarsi tra loro in merito ai detti assetti (ciascuno per quanto di rispettiva competenza)¹⁵³.

Attraverso tale strumento di ripartizione dei compiti dell'organo amministrativo considerato nel suo *plenum* non si realizzerà tuttavia uno spossessamento, per il detto organo, delle competenze delegate, ma semplicemente si verificherà un'attribuzione "vigilata" di sue funzioni rispetto a temi sui quali il consiglio di amministrazione conserverà comunque (e potrà anche esercitare) i suoi diritti di intervento (impartendo ad esempio direttive o avocando a sé operazioni comprese nella delega)¹⁵⁴.

oggettivo, consente di realizzare una suddivisione dei compiti all'interno dell'organo amministrativo, garantendo in tal modo una maggior efficienza gestionale. Sotto il profilo soggettivo, invece, permette di selezionare in senso al consiglio coloro che sono più esperti o comunque dotati di specifiche competenze e consolidate esperienze».

¹⁵⁰ Viene precisato nel documento di cui alla precedente nota (a pag. 7) che «(...) non si ritiene ammissibile una delega "generica" che cioè non determini i poteri delegati; diversamente è ammissibile una delega "generale" che attribuisce tutti i poteri ad eccezione di quelle non delegabili per legge».

¹⁵¹ L'espressione è di P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *op. cit.*, 496.

¹⁵² Si richiamano sul punto le riflessioni di M. IRRERA, M. SPIOTTA, M. CAVANNA, *op. cit.*, 221 ss., per i quali «*nulla quaestio* se la delega sia estesa all'intera gestione (o almeno a tutti gli atti di ordinaria amministrazione): in tal caso l'onere di dotare la società di un assetto congruo grava sugli amministratori esecutivi. Nel caso di delega speciale, limitata a determinate operazioni e non estesa alla gestione complessiva della società, si possono individuare, con qualche esemplificazione, tre correnti di pensiero. i) La prima (qui sostenuta) considera l'obbligo di cura (degli assetti) un portato legislativo indefettibile del conferimento di una delega gestoria, qualunque ne sia l'estensione, (...); ii) In base ad altro orientamento, il principio di libertà rimane un caposaldo della normativa, ragion per cui l'obbligo dell'organo delegato resterebbe compresso entro i limiti della delega. iii) Una terza posizione, intermedia o "eclettica", concorda sulla necessità di una visione unitaria dell'assetto organizzativo della società, ma ritiene che nel caso di delega parziale l'obbligo di curarne l'adeguatezza rimanga in capo all'organo delegante. Riconosce, tuttavia, la possibilità di far ricorso al coordinamento dei delegati in caso di deleghe frazionate».

¹⁵³ Ipotizza P. ABBADESSA, *op. cit.*, 496, che «(...) nel solo caso di una pluralità di deleghe parziali che siano il risultato del *frazionamento* di una delega generale (...) l'obbligo in discorso (quello di predisporre adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per la società, n.d.r.) vada ad intestarsi in capo agli amministratori delegati congiuntamente considerati, ai quali sarebbe in tal modo fatto carico di elaborare ed approvare, con determinazione unitaria, l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile richiesto dalla legge».

¹⁵⁴ In ordine alla permanenza delle funzioni del consiglio di amministrazione nonostante la sussistenza di deleghe a uno o più amministratori v. in giurisprudenza Cass., 29 dicembre 2017, n. 31204, *cit.*, 691,

In particolare, come già accennato, gli assetti societari, in presenza di delega (anche parziale), dovranno ritenersi compresi nella materia delegata e rispetto ai medesimi il consiglio di amministrazione dovrà valutarne l'adeguatezza¹⁵⁵.

L'articolazione, a livello di organo amministrativo, dei compiti gestionali (anche al fine, come si esaminerà nel successivo paragrafo n. 2.3, dell'individuazione delle responsabilità) in ordine ai detti assetti, impone di domandarsi quale sia la diligente condotta da assumersi al riguardo da parte degli amministratori esecutivi e non, tenuto conto del generale obbligo di agire in modo informato per ciascuno di essi.

Prima di rispondere a tale quesito si deve precisare come sia ormai pressoché consolidato il principio secondo cui il processo informativo dei consiglieri deleganti si perfeziona unicamente in sede consiliare¹⁵⁶.

Benché al singolo amministratore (non esecutivo) non sia dunque consentita un'attività individuale di raccolta e reperimento di informazioni aziendali, si ritiene però che lo stesso (oltre a poter chiedere nel corso di un c.d.a., *motivatamente*, ragguagli, supplementi e integrazioni di informativa, chiarimenti, la posticipazione della riunione consiliare per il maggior approfondimento dei temi all'ordine del giorno, nonché l'avvio di indagini da parte del consiglio per un *report* sulle tematiche rispetto a cui il consiglio stesso deve deliberare o soltanto prendere atto) possa in sede *extra* consiliare rivolgere al presidente dell'organo amministrativo la richiesta di reperire e trasmettere informazioni su particolari argomenti da porsi all'attenzione del medesimo consiglio oppure, anche, rivolgere direttamente all'amministratore delegato le proprie istanze istruttorie¹⁵⁷, su cui dovrà fornirsi tuttavia riscontro in

ove è affermato che «pur in presenza di deleghe gestorie residua una serie di poteri e doveri in capo al consiglio di amministrazione che dall'esistenza di deleghe non viene affatto spogliato dalle sue funzioni. Esso (...) può impartire direttive vincolanti ai delegati ed ha il potere di avocazione, in quanto si è ritenuto che la delega non abbia effetti traslativi (Cass. 4 marzo 2005, n. 4787), potendo giungere alla revoca della decisione assunta dal comitato esecutivo o dall'amministratore delegato; (...)». In dottrina F. Chiappetta, *op. cit.*, 133, afferma che in capo al consiglio di amministrazione, nonostante l'attribuzione di deleghe, permane una «competenza concorrente» sulle materie oggetto delle stesse deleghe.

¹⁵⁵ Con riferimento, tuttavia, all'ipotesi in cui non vi siano amministratori delegati, osserva C. AMATUCCI, *op. cit.*, 665/I, che «(...) l'obbligo di predisporre (e non solo di valutare) gli assetti adeguati non potrà che incombere sugli amministratori».

¹⁵⁶ V. per tutti Cass. pen., 4 maggio-19 giugno 2007, n. 23838, in *Giur. comm.*, 2008, 369/II, con nota (adesiva) di R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, *ivi*, 377/II. *Contra*, M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, 1087/II, il quale dichiara di non trovare «(...) nella disciplina della s.p.a. (...) argomenti sufficienti per escludere che gli amministratori non delegati possano compiere atti di accesso individuale alla documentazione sociale».

¹⁵⁷ V. in tal senso in giurisprudenza Trib. Prato, 14 settembre 2012 (ord.), *cit.* È così orientata anche la posizione del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, che nel suo

un'apposita riunione del c.d.a., adducendo le specifiche ragioni alla base della sua iniziativa. La possibilità da ultimo indicata per l'amministratore non esecutivo deve tuttavia estrinsecarsi, ad avviso di chi scrive, in una *motivata* richiesta di cui dovrà essere (in via contestuale alla stessa) informato anche il presidente dello stesso c.d.a. per sua opportuna conoscenza, essendo poi rimesso a costui il compito di convocare l'organo consiliare (fissandone anche gli argomenti all'ordine del giorno con il relativo *set* informativo) al fine di trattare i temi indagati.

Qualora il presidente del consiglio di amministrazione ovvero il consigliere delegato che fossero direttamente destinatari di istanze ispettive nei termini di cui sopra rendessero il proprio diniego alle informazioni richieste, il singolo amministratore istante sarà legittimato a investire della questione il c.d.a., chiedendo che sia sottoposta all'organo collegiale la sua necessità informativa affinché sia adottata una delibera in senso adesivo o meno alla sua posizione.

L'iniziativa dell'amministratore delegante volta all'acquisizione di informazioni nei termini prospettati deve tuttavia, sempre ad avviso di chi scrive, essere giustificata da congrue ragioni da estrinsecarsi (quali, in via esemplificativa, avvisaglie di un potenziale danno per la società derivante dal compimento di operazioni delegate o di un malfunzionamento degli assetti societari con nocumento della trasparenza e intensità dei flussi informativi tra il consiglio e i suoi membri delegati) e non deve concretizzarsi in indiscriminate attività con finalità emulative turbanti lo svolgimento dell'attività sociale¹⁵⁸.

documento «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega» (a pag. 13) afferma che «nella prospettiva di poter intervenire in CdA adeguatamente informati, la richiesta di informazioni (da parte dei deleganti, n.d.r.) può essere destinata al delegato anche al di fuori della riunione consiliare, fermo restando che quest'ultima sarà la sede nella quale andranno rese a chi a abbia avanzato la richiesta (se del caso, previa richiesta di convocazione del consiglio da parte di quest'ultimo)».

¹⁵⁸ Avalla la tesi esposta, in giurisprudenza, Trib. Milano, 12 dicembre 2012 (ord.), *cit.*, 1075, in cui viene precisato (correttamente) che «(...) la dottrina maggioritaria – con indirizzo condivisibile, alla luce dell'assetto normativo scaturito dalla riforma del diritto societario – sembra escludere che il consigliere non operativo abbia un indiscriminato potere di ispezione e consultazione delle scritture contabili e della documentazione sociale, anche in ragione dell'intralcio che indagini meramente esplorative potrebbero arrecare all'ordinato svolgimento dell'attività degli uffici aziendali. Si è precisato che la posizione di garanzia e l'obbligo di intervento del consigliere non operativo postulano la conoscibilità di un evento nella sua portata pregiudizievole per la società e l'inerzia rispetto ad iniziative volte ad impedirlo. Ciò presuppone dunque che dalle informazioni a disposizione del consigliere non operativo emergano segnali d'allarme in ordine ad un pregiudizio per società e soci, ovvero che egli possa riscontrare carenze informative sospette, o addirittura dati eloquenti di irregolarità gestorie per le quali è tenuto ad attivarsi (...)».

Alla luce delle suddette precisazioni, si può quindi riprendere il quesito di cui si era lasciata in sospeso la risposta e formulare in riscontro allo stesso la seguente tesi: poiché il consiglio di amministrazione è tenuto a valutare, e gli amministratori delegati sono tenuti a predisporre (nelle aree di rispettiva competenze e con adeguata informazione), gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società (ivi incluso il sistema di controllo interno) in via proporzionale alle esigenze dell'impresa gestita, dovranno essere approntati, mantenuti aggiornati e periodicamente valutati un organigramma, un funzionigramma e tutte le procedure/modalità per lo svolgimento (efficace ed efficiente) dell'attività sociale e per il tempestivo rilevamento di segnali di allarme o anomalie emergenti dalla realtà operativa, al fine di assumere le opportune condotte reattive per risolvere le criticità riscontrate nell'adempimento delle funzioni amministrative di rispettiva competenza dei consiglieri deleganti e di quelli delegati¹⁵⁹.

Il nostro ordinamento non fornisce per le s.p.a. qui in esame (non quotate, non soggette a vigilanza e non appartenenti a un gruppo) una definizione né di assetti societari né di sistema di controllo interno; tuttavia, possono richiamarsi al fine di individuarne le effettive caratteristiche le «Norme di comportamento del collegio sindacale. Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate» elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti contabili (la cui ultima versione – quella di settembre 2015 – è in fase di aggiornamento, essendo infatti ad oggi soggetta alla pubblica consultazione la relativa nuova bozza di ottobre 2020¹⁶⁰), che sono espressamente richiamate (alle pagg. 25 ss.) dal documento 30 aprile 2020 sempre emesso dall'anzidetto Consiglio, a cui si è in più occasioni fatto riferimento nel presente elaborato (avente ad oggetto i «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega»)¹⁶¹.

¹⁵⁹ L'obbligo di iniziativa degli amministratori deleganti a fronte di "segnali d'allarme" viene esemplificato da Cass., 29 dicembre 2017, n. 31204, *cit.*, 692 ne «(...) le richieste di convocazione del consiglio di amministrazione, i solleciti alla revoca della deliberazione illegittima o all'impugnazione della deliberazione viziata, l'attivazione ai fini dell'avocazione dei poteri, gli inviti ai delegati di desistere dall'attività dannosa, la denuncia alla pubblica autorità, con *informazione al p.m. ai fini della richiesta ex art. 2409 c.c. o segnalazione alle autorità di vigilanza, e così via*».

¹⁶⁰ In www.commercialisti.it, sezione *I documenti, gli studi e le ricerche*, sottosezione *Documenti Commissioni di Studio e Gruppi di Lavoro* (v. *Pubblica consultazione*).

¹⁶¹ In tale documento, alle pagg. 25 ss., viene affermato che «l'ordinamento non fornisce una definizione univoca di assetto organizzativo, amministrativo e contabile. A parte le indicazioni diffuse dalle autorità di vigilanza per le società che esercitano la propria attività in specifici settori in relazione al sistema di controllo interno, una fonte attendibile è rappresentata dalle Norme di comportamento del collegio sindacale, pubblicate dal CNDCEC».

Anche tali Norme comportamentali, proprio perché provenienti dalla medesima (autorevole) “fonte” del detto documento, condividono con quest’ultimo, per le ragioni sopra esposte, la natura integrativa, quali principi tecnici, del dato normativo in tema di assetti organizzativi, amministrativi e contabili (e di sistema di controllo interno).

Sembrando quindi utile verificare (seppur per i tratti essenziali) la disciplina al riguardo contenuta nelle dette Norme (riferite alla loro bozza di consultazione, dovendosi ritenere già “superata” e priva, dunque, di attualità la precedente versione del 2015), si evidenzia che nelle medesime sono trattati separatamente gli assetti organizzativi (art. 3.4.), il sistema di controllo interno (art. 3.5.) e gli assetti amministrativo-contabili (art. 3.6.).

Avviando l’analisi dai primi (gli assetti organizzativi), nella sezione «Principi» dell’art. 3.4. è disposto che «per assetto organizzativo si intende: (i) il sistema di *funzionigramma*¹⁶² e di *organigramma* e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità, (ii) il *complesso procedurale di controllo*» (comma 2) e che «un assetto organizzativo è adeguato se presenta una struttura compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell’oggetto sociale, nonché alla rilevazione tempestiva degli indizi di crisi e di perdita della continuità aziendale e possa quindi consentire, agli amministratori preposti, una sollecita adozione delle misure più idonee alla sua rilevazione e alla sua composizione» (comma 3).

Sempre nella norma in esame, ma nella diversa sezione «Criteri applicativi» è descritta (alle pagg. 54 ss.), con riferimento all’adeguatezza, la declinazione dei «Principi» di cui sopra. Più precisamente, viene affermato che «in via generale, un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando presenta i seguenti requisiti, in relazione alle dimensioni e alla complessità della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell’oggetto sociale:

- *organizzazione gerarchica*;

¹⁶² Le Norme in esame specificano (alle pagg. 54 ss.) che per “funzionigramma” e “organigramma” devono intendersi, rispettivamente la «(...) configurazione (orizzontale) di compiti, funzioni e competenze, (...)» (funzionigramma) e la «(...) configurazione (verticale) di relazioni di sovra e subordinazione, poteri e responsabilità; (...)» (organigramma).

- redazione di un *organigramma aziendale* con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità;
- esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dell'amministratore delegato nonché dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri;
- sussistenza di *procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi anche con riferimento alle società controllate*;
- esistenza di *procedure* che assicurino la presenza di personale con adeguata professionalità e competenza a svolgere le funzioni assegnate;
- presenza di *direttive* e di *procedure aziendali*, loro aggiornamento periodico ed effettiva diffusione».

Quanto al sistema di controllo interno, nella sezione «Principi» dell'art. 3.5. è precisato (nel comma 2) che «il sistema di controllo interno può essere definito come *l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative* adottate dall'impresa allo scopo di raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, i seguenti obiettivi:

- obiettivi strategici, volti ad assicurare la conformità delle scelte del management alle direttive ricevute e all'oggetto che la società si propone di conseguire, nonché a garantire la salvaguardia del patrimonio aziendale e a tutelare gli interessi degli *stakeholders*;
- obiettivi operativi, volti a garantire l'efficacia e l'efficienza delle attività operative aziendali;
- obiettivi di *reporting*, volti a garantire l'attendibilità e l'affidabilità dei dati;
- obiettivi di conformità, volti a assicurare la conformità delle attività aziendali, alle leggi e ai regolamenti in vigore».

Successivamente, nel comma 3 della disposizione in esame, è specificato che «*un sistema di controllo interno risulta adeguato se permette la chiara e precisa indicazione dei principali fattori di rischio aziendale e ne consente il costante monitoraggio e la corretta gestione*».

Dalla sezione «Criteri applicativi» pertinente alla detta disposizione si deduce poi (seppur indirettamente) che il sistema di cui sopra è elemento consustanziale degli assetti societari; tale assunto (già formulato dalla scrivente nel precedente paragrafo n. 2.1) trova il proprio fondamento nell'asserzione lì contenuta (a pag. 57) secondo cui il Collegio sindacale, pur in assenza di un espresso dato normativo, deve vigilare, «in applicazione del più ampio dovere di vigilare sull'assetto organizzativo, (...) anche sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema di controllo interno».

Infine, in merito agli assetti amministrativo-contabili, viene disposto nei «Principi» dell'art. 3.6. che «il sistema amministrativo-contabile può definirsi come *l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile*, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa» (comma 2) e che «un sistema amministrativo-contabile risulta *adeguato* se permette:

- la *completa, tempestiva e attendibile* rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione;
- la produzione di informazioni *valide e utili* per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale;
- la produzione di dati *attendibili* per la formazione del bilancio d'esercizio» (comma 3).

I «Principi» di cui sopra vengono poi corredati nel relativo «Commento» (a pag. 60) dalla specificazione secondo cui «l'attività e le operazioni aziendali sono rappresentate da fatti di gestione e l'esistenza di un adeguato sistema amministrativo-contabile comporta la *ragionevole garanzia della completa e attendibile rilevazione contabile di tali fatti*».

Merita, da ultimo, un approfondimento in ordine agli assetti societari sulla base del T.U.F. e del Codice di *Corporate Governance*.

Avviando l'analisi dal T.U.F. (per evidenti ragioni di priorità nella gerarchia delle fonti), si rileva come lo stesso (in ordine alle tematiche qui in esame) si limiti:

- a regolamentare le “fondamenta” del consiglio di amministrazione per garantirne, *ab origine*, il corretto funzionamento, dettando norme *i)* per la sua composizione sotto il profilo dell'indipendenza, del riparto di genere e della nomina di almeno uno dei suoi componenti da parte della lista di minoranza (art. 147-ter), *ii)* per i requisiti

di onorabilità richiesti ai suoi membri (art. 147-*quinquies*) e *iii*) per i limiti al cumulo degli incarichi (art. 148-*bis*, comma 1);

- a valorizzare il ruolo dell'informazione come strumento principe del dialogo interorganico, prevedendo (nell'art. 150, comma 1) che i flussi informativi tra gli amministratori e il collegio sindacale avvengano, da parte dei primi, «(...) con periodicità almeno trimestrale (...) sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate; (...)», nonché istituendo (nell'art. 150, comma 4) un obbligo di “*reporting*”, nei confronti del collegio sindacale, da parte dei «soggetti preposti al controllo interno»;
- a porre in risalto la centralità degli assetti societari nello svolgimento dell'attività sociale, *i*) disponendo (seppur indirettamente) che il sistema amministrativo-contabile debba essere *adeguato e affidabile*, attribuendo infatti (direttamente) il relativo obbligo di controllo in capo al collegio sindacale (art. 151, comma 3), nonché *ii*) statuendo (nell'art. 154-*bis*, commi 3 e 4), rispetto alle «procedure amministrative e contabili» volte alla predisposizione del bilancio d'esercizio e di quello consolidato, nonché ad ogni altra comunicazione di carattere finanziario, che le stesse siano adeguatamente approntate dal dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, conferendo al consiglio di amministrazione il compito di *vigilare* (tra l'altro) «(...) sul rispetto effettivo delle procedure amministrative e contabili».

Le “macro” linee direttrici su cui si ritiene tracciato l'impianto normativo del T.U.F. illustrato nei termini che precedono (linee che, pur calate in una realtà diversa – perché non connotata dalla quotazione su mercati regolamentati – paiono caratterizzare anche le s.p.a. “chiuse” per gli aspetti disciplinari sopra esaminati), sembrano dunque tre, così descrivibili: 1) ferma l'osservanza dei profili espressamente normati, sussiste *autonomia decisionale e operativa* per le singole società nell'articolazione della propria organizzazione societaria e della propria realtà aziendale¹⁶³; 2) tale autonomia deve tuttavia garantire la circolazione di un

¹⁶³ Osserva al riguardo F. CHIAPPETTA, *op.cit.*, 134, che «l'opzione del TUF è stata quella di rifuggire da scelte rigide e predeterminate; le soluzioni più confacenti sono state lasciate alle singole società anche e soprattutto in funzione del rapporto con il mercato che vorranno stabilire (si ricordi che la società per azioni quotata vive sul mercato e si sottopone al giudizio economico di quest'ultimo. È indubbio che tale giudizio si fonda anche sulla valutazione dell'assetto organizzativo e delle norme di funzionamento che la società autonomamente si è data)».

adeguato flusso informativo interorganico; 3) il detto flusso deriva la propria “fonte” ed è garantito da *adeguati assetti societari*, sottoposti a un controllo policentrico.

A livello “micro” vengono quindi in rilievo le disposizioni contenute nel Codice di *Corporate Governance* (qui considerate per i profili comparativi della disciplina comune delle s.p.a. che si ritengono di maggior rilevanza ai fini perseguiti nel presente elaborato), la cui operatività si basa sul principio del “*comply or explain*” ai sensi dell’art. 123-*bis*, comma 2, lett. a), T.U.F.¹⁶⁴.

Il Consiglio di amministrazione è innanzitutto definibile, in ragione dei compiti attribuitigli dall’art. 1 del suddetto Codice (rubricato «Ruolo dell’organo di amministrazione»), come il “centro nevralgico” della società¹⁶⁵. In ragione, infatti, di quanto stabilito nella relativa sezione «Principi», il detto consiglio è l’organo che nell’ambito del sistema cd. “tradizionale” (altresi) «(...) guida la società perseguendone il *successo sostenibile*» (v. art. 1.P.I), «(...) definisce le *strategie* della società e del gruppo ad essa facente capo in coerenza con il principio I e ne *monitora* l’attuazione» (v. art. 1.P.II) e «(...) *definisce il sistema di governo societario più funzionale* allo svolgimento dell’attività dell’impresa e al perseguimento delle sue strategie, tenendo conto degli spazi di autonomia offerti dall’ordinamento. Se del caso, valuta e promuove le modifiche opportune, sottoponendole, quando di competenza, all’assemblea dei soci» (v. art. 1.P.III).

Nelle successive «Raccomandazioni» dell’art. 1 in esame viene quindi disposto, per l’esplicitazione degli obiettivi sopra indicati, che l’organo consiliare:

- «*esamina e approva* il piano industriale della società e del gruppo ad essa facente capo, anche in base all’analisi dei temi rilevanti per la generazione di valore nel *lungo termine* effettuata con l’eventuale supporto di un comitato del quale l’organo di amministrazione determina la composizione e le funzioni» (v. art. 1.R.1., lett. a);

¹⁶⁴ Ai sensi di tale norma, nella sezione «Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari» contenuta nella relazione sulla gestione deve essere specificata «l’adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario promosso da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, motivando le ragioni dell’eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni, (...)».

¹⁶⁵ F. CHIAPPETTA, *op.cit.*, 135, con considerazioni vevoli anche per il *Codice di Corporate Governance*, già rilevava che «il Codice di Autodisciplina, da parte sua, persegue il recupero della collegialità in modo diremmo «diffuso», non soltanto là dove definisce limiti e significato delle deleghe o attribuisce specifici compiti di indirizzo al consiglio di amministrazione, ma anche là dove fissa principi e criteri applicativi volti ad assicurare l’effettività di svolgimento delle funzioni consiliari (...)».

- «*monitora periodicamente l'attuazione del piano industriale e valuta il generale andamento della gestione, confrontando periodicamente i risultati conseguiti con quelli programmati*» (v. art. 1.R.1., lett. b);
- «*definisce la natura e il livello di rischio compatibile con gli obiettivi strategici della società, includendo nelle proprie valutazioni tutti gli elementi che possono assumere rilievo nell'ottica del successo sostenibile della società*» (v. art. 1.R.1., lett. c);
- «*definisce il sistema di governo societario della società e la struttura del gruppo ad essa facente capo e valuta l'adequazione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*» (v. art. 1.R.1., lett. d);
- «*delibera in merito alle operazioni della società e delle sue controllate che hanno un significativo rilievo strategico, economico, patrimoniale o finanziario per la società stessa; a tal fine stabilisce i criteri generali per individuare le operazioni di significativo rilievo*» (v. art. 1.R.1., lett. e);
- «*al fine di assicurare la corretta gestione delle informazioni societarie, adotta, su proposta del presidente d'intesa con il chief executive officer, una procedura per la gestione interna e la comunicazione all'esterno di documenti e informazioni riguardanti la società, con particolare riferimento alle informazioni privilegiate*» (v. art. 1.R.1., lett. f).

L'assoluta rilevanza del consiglio di amministrazione (che può quindi ragionevolmente definirsi come il "centro maieutico per eccellenza" della struttura societaria), nonché la significatività e l'effetto incisivo dei suoi compiti su tutta l'organizzazione e attività sociale nella s.p.a. quotata giustificano l'attenzione prestata nel Codice di *Corporate Governance*:

→ all'articolazione dei detti compiti mediante l'attribuzione di deleghe, essendo infatti previsto nell'art. 2 (con oggetto «Composizione degli organi sociali») che l'organo amministrativo «(...) è composto da amministratori *esecutivi* e amministratori *non esecutivi*, tutti dotati di *professionalità* e di *competenze adeguate* ai compiti loro affidati» (art. 2.P.V), nonché nell'art. 3 (con oggetto, invece, «Funzionamento dell'organo di amministrazione e ruolo del presidente») che l'organo di cui sopra «(...) assicura una *adeguata ripartizione interna* delle proprie

funzioni e istituisce comitati consiliari con funzioni istruttorie, propositive e consultive» (art. 3.P.XI);

→ alla posizione apicale conferita all'informazione quale mezzo funzionale alla gestione dei rapporti tra deleganti e delegati, essendo infatti stabilito in merito ai flussi informativi, sempre nell'ambito degli artt. 2 e 3 summenzionati, che «il numero e le competenze degli amministratori non esecutivi sono tali da assicurare loro un *peso significativo* nell'assunzione delle delibere consiliari e da garantire un *efficace monitoraggio* della gestione. (...)» (art. 2.P.VI) e che «l'organo di amministrazione definisce le *regole* e le *procedure* per il proprio funzionamento, in particolare al fine di assicurare un' *efficace gestione dell'informativa consiliare*» (art. 3.P.IX).

In merito alla circolazione delle informazioni tra consiglieri esecutivi e non il Codice di *Corporate Governance* raccomanda che il consiglio di amministrazione:

- adotti «(...) un *regolamento* che definisce le *regole di funzionamento* dell'organo stesso e dei suoi comitati, incluse le modalità di verbalizzazione delle riunioni e le *procedure per la gestione dell'informativa agli amministratori*. Tali *procedure* identificano i termini per l'invio preventivo dell'informativa e le modalità di tutela della riservatezza dei dati e delle informazioni fornite in modo da non pregiudicare *la tempestività e la completezza dei flussi informativi*» (v. art. 3.R.11);

- istituisca «(...) al proprio interno *comitati con funzioni istruttorie, propositive e consultive*, in materia di nomine, remunerazioni e controllo e rischi. Le funzioni che il Codice attribuisce ai comitati possono essere distribuite in modo differente o accorpate anche in un solo comitato, purché sia fornita adeguata informativa sui compiti e sulle attività svolte per ciascuna delle funzioni attribuite e siano rispettate le raccomandazioni del Codice per la composizione dei relativi comitati» (v. art. 3.R.16).

I comitati in esame hanno, come si desume dalla disciplina suesposta, mera rilevanza endo-consiliare e non si sostituiscono al consiglio di amministrazione nell'adempimento dei suoi compiti, svolgendo soltanto un ruolo istruttorio, in forza del quale è riconosciuta loro (dall'art. 3.R.17, ultimo capoverso) «(...) la facoltà di accedere alle informazioni e alle funzioni aziendali necessarie per lo svolgimento dei propri compiti, disporre di risorse finanziarie e avvalersi di consulenti esterni, nei

termini stabiliti dall'organo di amministrazione»¹⁶⁶; il detto ruolo era già ben descritto nel Codice di Autodisciplina (versione di luglio 2018), vigente fino al 31 dicembre 2020, essendo lì specificato (nella sezione «Commento» dell'art. 4, a pag. 21) che «tali comitati, come emerge dalla migliore prassi italiana e internazionale, lungi dal sostituirsi al consiglio nell'adempimento dei propri doveri, possono utilmente svolgere *un ruolo istruttorio* – che si esplica nella formulazione di proposte, raccomandazioni e pareri – al fine di consentire al consiglio stesso di adottare le proprie decisioni *con maggior cognizione di causa*. Tale ruolo può essere particolarmente efficace in relazione alla gestione di materie che appaiono delicate anche in quanto fonte di potenziali conflitti di interesse».

Con particolare riferimento al comitato controllo e rischi (che assume precipua rilevanza, rispetto agli altri comitati, ai fini del presente elaborato), il Codice di *Corporate Governance* lo include, nell'art. 6, nel «sistema di controllo interno e di gestione dei rischi» (che costituisce peraltro la rubrica della disposizione in esame), la cui adozione è richiesta ad ogni emittente, con la specificazione che tale sistema «(...) è costituito dall'*insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi*, al fine di contribuire al successo sostenibile della società» (così l'art. 6.P.XVIII). Il suddetto articolo prosegue specificando che l'organo di amministrazione:

- «(...) *definisce le linee di indirizzo* del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi in coerenza con le strategie della società e ne *valuta* annualmente l'*adeguatezza* e l'*efficacia*» (v. art. 6.P.XIX);
- «(...) *definisce i principi che riguardano il coordinamento e i flussi informativi* tra i diversi soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi al

¹⁶⁶ Secondo F. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 146, «i comitati consiliari assumono la veste di strutture del *board*, con compiti istruttori, talora anche d'impulso o se si preferisce propositivi, e/o consultivi in relazione soprattutto, come si è detto, a materie rispetto alle quali avvertita è l'esigenza di approfondimento, specializzazione e *terzietà*. I comitati consiliari, dunque, almeno nella prospettiva del Codice di Autodisciplina (...), non si "sostituiscono" al consiglio di amministrazione nell'assolvimento delle sue funzioni e, neppure, sono attributari di "deleghe" in senso tecnico da parte del consiglio ma – attraverso analisi, raccomandazioni, proposte o pareri – permettono al consiglio stesso di decidere in modo più avveduto e imparziale. I comitati di cui si tratta non sono organi del consiglio non avendo poteri decisori con rilevanza esterna (a differenza, ad esempio, del comitato esecutivo) quanto piuttosto "uffici" del consiglio di amministrazione che, con ampia discrezionalità, stabilisce la loro istituzione e ne determina i compiti. Il consiglio insomma non attribuisce (d'altra parte, se li attribuisse si ricadrebbe nel caso del comitato esecutivo) a questi comitati poteri deliberativi concorrenti con quelli del consiglio stesso: il potere deliberativo è e rimane unicamente in capo al consiglio».

fine di *massimizzare l'efficienza* del sistema stesso, *ridurre le duplicazioni di attività* e *garantire un efficace svolgimento* dei compiti propri dell'organo di controllo» (v. art. 6.P.XX).

Nella successiva sezione «Raccomandazioni» dell'art. 6 è enucleata la disciplina di dettaglio del sistema in esame, con l'individuazione dei compiti spettanti a ciascuno dei relativi, principali, “protagonisti” (indicati *i.* nell'organo di amministrazione, *ii.* nel *chief executive officer*, *iii.* nel comitato controllo e rischi, *iv.* nel responsabile della funzione di *internal audit*, *v.* nelle «altre funzioni aziendali coinvolte nei controlli» e *vi.* nell'organo di controllo); rispetto a tale impianto organizzativo ci si limita a rilevare la permanenza in capo al consiglio di amministrazione di una posizione apicale nel detto sistema, competendo allo stesso, oltre alla definizione delle relative «linee di indirizzo» e la valutazione, con periodicità almeno annuale, della sua «*adeguatezza (...) rispetto alle caratteristiche dell'impresa e al profilo di rischio assunto*» e della sua «*efficacia*» (v. art. 6.R.33, lett. a, che specifica il contenuto dell'art. 6.P.XIX), anche il coordinamento dei compiti spettanti, nell'ambito del sistema in esame, ai vari soggetti individuati dal Codice di *Corporate Governance* (v. art. 6.R.33, lett. g ed e, che dettagliano l'oggetto dell'art. 6.P.XX).

Già nel Codice di Autodisciplina (versione di luglio 2018) venivano (correttamente) poste in luce, ai fini (come si ritiene) di una maggior comprensione del complessivo tema dei controlli e del relativo sistema interno, «due premesse di carattere generale (...)». La prima è che la moderna concezione dei controlli ruota attorno alla nozione di *rischi aziendali*, alla loro identificazione, valutazione e monitoraggio; è anche per questo motivo che la normativa e il Codice si riferiscono al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi come a un sistema unitario di cui il rischio rappresenta il filo conduttore. La seconda premessa, collegata alla prima, è che un sistema dei controlli, per essere efficace, deve essere “*integrato*”: ciò presuppone che le sue componenti siano tra loro coordinate e interdipendenti e che *il sistema, nel suo complesso, sia a sua volta integrato nel generale assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società*» (v. art. 7, sezione «Commento», pag. 35).

Alla luce del combinato disposto degli artt. 1, 2, 3 e 6 del Codice di *Corporate Governance* di cui sopra sembra quindi potersi affermare che, rispetto alla disciplina comune delle società per azioni non quotate, rimangono invariati (per le s.p.a. soggette a quotazione) i “macro” profili riguardanti:

→ il ruolo del consiglio di amministrazione quale organo titolare dell’“alta direzione” dell’impresa, che risulta tuttavia destinatario nel suo *plenum*, rispetto agli assetti societari, di compiti (che sembrano) più ampi di quelli meramente valutativi (qualora vi siano consiglieri delegati) *ex art. 2381 c.c.* (il Codice in esame prescrive infatti che il c.d.a. – anche – *definisca* «il sistema di governo societario della società», non potendosi tuttavia escludere – mancando una specifica disciplina al riguardo – che tale compito possa costituire oggetto di delega);

→ la funzione dei flussi informativi quale strumento di “raccordo” tra deleganti e delegati.

Poiché, dunque, il Codice di *Corporate Governance* sembra primariamente orientato a garantire l’*efficacia*, l’*efficienza* e l’*adeguatezza* della struttura organizzativa della società complessivamente considerata (affinché gli amministratori possano assumere scelte ponderate e nei limiti dei rischi “sostenibili” dalla società stessa), sembra potersi ribadire come la direttrice dell’operato dei consiglieri di amministrazione di qualsiasi s.p.a. sia individuabile, con certezza, nella clausola generale della ‘corretta amministrazione’, che rappresenta quindi la premessa “tecnica” (da declinarsi nella speciale disciplina bancaria) per l’individuazione dei valori costituzionali emergenti dalla normativa di settore che verrà approfondita nel successivo capitolo n. 3.

§ 2.3 - L’applicazione (o meno) della cd. “*business judgment rule*” agli assetti societari

Non si può dubitare, in conseguenza delle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi nn. 2.1 e 2.2, che gli assetti societari siano oggetto di obblighi normativamente imposti agli amministratori deleganti (per la loro costante valutazione) e agli amministratori delegati (per la loro cura e predisposizione).

Le incertezze interpretative che sorgono dunque in ordine ai detti assetti non devono/possono inerire al loro necessario approntamento, che è richiesto dalla legge, ma alla loro adeguatezza o meno rispetto alla singola realtà imprenditoriale¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Ad avviso di F. GENNARI, *Modelli organizzativi dell’impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2018, 295/I, «(...) appare evidente che l’adozione, e la realizzazione, di un assetto organizzativo adeguato alla natura ed alle dimensioni

Può quindi individuarsi un primo limite imposto dalla legge sul sindacato giudiziale degli amministratori: questi ultimi dovranno ritenersi inadempimenti e quindi gravati da responsabilità risarcitoria (nei confronti dei soggetti – se – danneggiati da tale inadempienza, identificabili nella società e nei soci, creditori e terzi) qualora non abbiano dotato la s.p.a. da loro gestita (e qui considerata come singola società non quotata e non vigilata) di alcun assetto “organizzativo, amministrativo e contabile” (ivi incluso il sistema di controllo interno).

Infatti, tale (grave) deficit nell’operato amministrativo sarà fonte *ex se* di obblighi risarcitori per tutti i membri del consiglio di amministrazione, senza possibilità per questi ultimi di addurre e invocare a loro favore alcuna esimente¹⁶⁸.

Qualora, invece, i detti assetti fossero stati approntati e valutati, dovrà verificarsi in che termini possa ritenersi, sulla base dei medesimi, responsabile o meno un amministratore.

Viene dunque immediatamente in rilievo, in ordine a tale profilo, il secondo limite che può ritenersi imposto dalla legge al giudizio in sede contenziosa sull’operato dei consiglieri di amministrazione: qualora gli assetti contabili, organizzativi e amministrativi (ivi incluso il sistema di controllo interno) non consentano di applicare gli indici fissati dal legislatore nell’art. 13 del Codice della crisi, questi assetti, per i loro “aspetti” strettamente connessi a tale inoperatività, saranno da ritenersi *ex se* inadeguati, con conseguente responsabilità di tutti gli amministratori al risarcimento dei danni causati ai soggetti (eventualmente) pregiudicati (anche in questo caso trattasi della società e dei soci, creditori e terzi).

dell’impresa costituisce comunque un vero e proprio obbligo per tutte le società per azioni, con la conseguenza che potrà dibattersi sul significato del termine adeguatezza, e sulla sua effettiva realizzazione, ma non sul fatto che l’assetto organizzativo debba essere adottato, (...)». In tal senso anche C. AMATUCCI, *op. cit.*, 665/I, e M. SPIOTTA, *Le responsabilità*, in M. IRRERA, *Diritto del governo delle imprese*, cit., 329. *Contra* L. BENEDETTI, *L’applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019,448 ss., che ritiene possibile la mancata predisposizione degli assetti societari da parte degli amministratori nell’ipotesi in cui la stessa si configuri quale risultato di una specifica decisione al riguardo adottata che non sia «(...) manifestamente irrazionale – ossia assunta con quelle cautele, con quelle verifiche e all’esito di quelle informazioni preventive propedeutiche per una scelta del genere e razionalmente coerente con il procedimento istruttorio – (...)».

¹⁶⁸ Sull’inoperatività della BJR nel caso di mancata strutturazione di assetti v. anche art. 4.3. (pagg. 35 ss.) del documento «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega» del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti Esperti Contabili del 30 aprile 2020.

Quanto, invece, a tutti gli altri assetti (e al sistema di controllo interno) non “interessati” dal suddetto art. 3, si pone il problema di verificare se gli stessi siano soggetti alla cd. regola della BJR¹⁶⁹.

Tale regola, di matrice giurisprudenziale, consiste nell’*insindacabilità nel merito*, in ambito giudiziale, delle (mere) *scelte imprenditoriali* assunte dagli amministratori, non potendo il giudice sostituire il proprio giudizio *ex post* alle iniziative (pur connotate da esiti “nefasti”) in precedenza poste in essere dagli stessi amministratori; al magistrato sarà solo consentito di verificare se, ferma l’insussistenza di violazioni dell’obbligo di fedeltà e/o di specifici obblighi di legge da parte dei consiglieri di amministrazione (che, se compiute, escluderebbero di per sé l’operatività del principio in esame), gli amministratori, prima di adottare le scelte soggette alla sua valutazione giudiziale (e quindi in un’ottica *ex ante*), abbiano adottato una condotta conforme al loro dovere di agire in modo informato¹⁷⁰.

Chiarito il meccanismo di operatività della BJR e tenuto conto che non è più ravvisabile, ad oggi, un generale obbligo di vigilanza dei consiglieri deleganti sui consiglieri delegati, sembra potersi affermare che, nell’ipotesi in cui si verifichi, in

¹⁶⁹ A tale problematica è stata recentemente dedicata attenzione in dottrina da L. BENEDETTI, *op. cit.*, 413 ss.

¹⁷⁰ V. in dottrina, *ex multis*, C. AMATUCCI, *op. cit.*, 662/I, secondo cui «assente un conflitto d’interessi o un’infedeltà degli amministratori, la BJR previene il giudice dal valutare, col senno di poi, quelle decisioni che siano state il prodotto di un procedimento razionale e per le quali gli stessi amministratori si siano avvalsi di tutte le informazioni materiali ragionevolmente disponibili. I punti cardinali di tale orientamento sono efficacemente riassunti attraverso la declinazione delle condizioni d’operatività del sindacato giudiziario (quindi di applicazione della BJR), e cioè quando la scelta di gestione: a) non implichi alcun interesse diretto o indiretto degli amministratori, ossia non ci si trovi in presenza di decisioni che involgano il *duty of loyalty*; b) sia deliberata nella consapevolezza: i) di tutte le informazioni disponibili, ii) e a seguito di una prudente considerazione delle alternative; c) sia deliberata in buona fede; d) rappresenti l’attuazione razionale dello scopo sociale». Per la disamina della giurisprudenza e della dottrina (sia a livello nazionale che in ambito straniero) occupatesi della BJR si segnalano gli elaborati di L. BENEDETTI, *op. cit.*, 413 ss., di M. CORDOPATRI, *op. cit.*, 129/II ss., e di D. CESIANO, *op. cit.*, 949/II ss. Tra le tante pronunce giurisprudenziali sul tema della BJR v., in particolare, Cass. 27 dicembre 2013, n. 28669, in *Giur. it.*, 2014, 2209, con nota di C. DIONISIO, *Business judgment rule tra vecchio e nuovo diritto*, *ivi*, 2209, con la quale è stata giudizialmente affermato (valorizzando principi astratti da declinarsi, tuttavia, nel singolo caso) che «(...) se è vero che all’amministratore non può essere rimproverato il cattivo uso della discrezionalità imprenditoriale, in quanto il merito dell’agire gestorio resta insindacabile, tuttavia rientra nell’ambito della diligenza esigibile il corredare le scelte medesime con le verifiche, le indagini e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quella natura, alle condizioni di tempo e di luogo e alla luce di ogni altra circostanza concreta. Se certamente il giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle di merito compiute dall’organo societario, invero, rientra però nei suoi compiti verificare se, nel caso concreto, la scelta gestoria sia avvenuta nel rispetto dei parametri dell’azione adempiente e diligente, così come richiesta nel mondo degli affari, che deve essere connotata da liceità, razionalità, congruità, attenzione e cura particolari, nozioni da integrare alla stregua delle circostanze del caso concreto».

virtù di una scelta gestionale concretamente adottata, un danno nei confronti della società, dei soci, dei creditori o dei terzi, il criterio con cui giudicare l'operato di tutti i membri del c.d.a. sarà soltanto di natura procedimentale¹⁷¹ e potrà configurarsi nei seguenti termini:

a) quanto agli amministratori esecutivi, dovrà appurarsi se gli stessi, prima di compiere l'atto rivelatosi dannoso ed oggetto delle censure giudiziali avverso di loro sollevate, avessero assunto, mediante un ponderato, ragionevole¹⁷² e completo procedimento informativo, tutti i dati giustificanti la scelta compiuta e se tali dati, ove prodotti dalla struttura aziendale (attraverso i suoi uffici al riguardo interessanti), fossero congrui, veritieri e corretti;

b) quanto agli amministratori non esecutivi, dovrà invece verificarsi se gli stessi, in relazione all'atto posto in essere, conoscessero la relativa portata lesiva ovvero avessero ragionevolmente fatto affidamento alle informazioni giustificative rese loro in sede consiliare dai consiglieri delegati in ordine alla "bontà" dell'operazione (poi censurata in ambito contenzioso), non esimendosi dall'assumere idonee iniziative, anche attraverso la richiesta di ulteriori attività informative, all'emergere di segnali d'allarme circa il contenuto e/o il procedimento generatore degli elementi forniti loro a supporto dell'operazione stessa¹⁷³.

¹⁷¹ Sovviene al riguardo l'osservazione di C. ANGELICI, *op. cit.*, 184, secondo la quale, attraverso l'art. 2381, comma 6, c.c., è stato «(...) posto l'accento non tanto sul contenuto della decisione, quanto sul *processo decisionale* mediante il quale ad essa si perviene».

¹⁷² Poiché l'aggettivo "ragionevole" evoca, di per sé e ovviamente, il principio della "ragionevolezza", sembra utile segnalare come a quest'ultimo sia stato dedicato lo studio di A. NIGRO, *op. cit.*, *passim*, ma part. 469 ss., che annovera il principio in esame fra quelli di corretta amministrazione, specificando con riferimento a tale contesto, che il detto principio «(...) entra dunque sicuramente in giuoco. E vi entra nella sua tipica valenza (...) di regola di comportamento costituente esplicazione della clausola generale della diligenza e concretante un limite *ex ante* alla discrezionalità delle scelte (in questo caso: da parte degli amministratori) e, *ex post*, un criterio di controllo delle scelte effettuate. Con un ruolo, come è evidente, fondamentale: esso assicura infatti il coordinamento, se si preferisce la conciliazione, fra quelli che ho prima definito i due "pilastri" del sistema degli obblighi e delle responsabilità degli amministratori di società per azioni, cioè, da un lato, l'obbligo (dovere) di diligenza e, dall'altro lato, la *business judgment rule*, consentendo il controllo delle scelte degli amministratori senza violare il principio della discrezionalità. È appena il caso di osservare che il controllo di ragionevolezza (...) non è e non può essere un controllo di *merito*: esso non tocca e non può toccare la opportunità o la convenienza delle scelte, ma solo il *modo* in cui alle scelte si è pervenuti (...)».

¹⁷³ Avalla la tesi esposta nel testo Cass. 31 agosto 2016, n. 17441, *cit.*, 841/II, venendo a tal fine in rilievo l'assunto giudiziale secondo cui «(...) nel contesto normativo attuale, gli amministratori non operativi rispondono per non aver impedito "fatti pregiudizievoli" dei quali abbiano acquisito in positivo conoscenza (anche per effetto delle informazioni ricevute ai sensi dell'art. 2381 c.c., comma 3) ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell'obbligo posto dall'ultimo comma dell'art. 2381 c.c.: per il che occorre che la semplice facoltà (*rectius*, il diritto/dovere, n.d.r.) di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" sia innescata, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta, da elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori alla stregua della "diligenza richiesta dalla natura

Il magistrato incaricato della vertenza giudiziale potrà dunque solo appurare la correttezza o meno del procedimento informativo alla base della scelta imprenditoriale contestata agli amministratori (esecutivi e non) e, nell'ambito del suo sindacato, potrà dunque indagare se i sistemi organizzativi, amministrativi e contabili, con il sistema di controllo interno – fermi i limiti di matrice legislativa sopra individuati in merito ai detti assetti ed entro il perimetro valutativo delle condotte amministrative indicate ai precedenti punti nn. a) e b –, benché soggetti alla discrezionalità tecnico-professionale di tutti i consiglieri di amministrazione (ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e funzioni), fossero stati approntati e valutati adeguatamente in base alle esigenze della società; in particolare, per i consiglieri non esecutivi (ivi compreso il presidente del c.d.a. se non titolare di

dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”: altrimenti si ricadrebbe nella configurazione di un generale obbligo di vigilanza che la riforma ha invece volutamente eliminato». Sempre in giurisprudenza, Trib. Milano, 30 gennaio 2018, in *Giur. comm.*, 2019, 1132/II, con nota di E. MARCHISIO, *Diligenza della decisione gestoria assunta sulla base di informazioni soggettivamente adeguate, se pure oggettivamente insufficienti*, ivi, 1134/II, formula espressa adesione all'orientamento di legittimità sopra richiamato, da cui trae la seguente conseguenza: «(...) in definitiva, in assenza di “segnali d'allarme” specifici non incombe sugli amministratori non operativi alcun obbligo di acquisire ulteriori informazioni né tantomeno alcun obbligo di generale vigilanza sulla condotta dell'amministratore operativo (...)». V. sul tema, ancora con riferimento agli orientamenti giurisprudenziali milanesi, Trib. Milano, 3 marzo 2015, cit., 336/II, ove viene statuito che «la rappresentazione eventuale dell'evento o la conoscibilità di esso secondo le specifiche competenze devono emergere, al di là ed anche in contrasto con le informazioni date dall'amministratore operante, da segnali perspicui, peculiari nonché anomali». Quanto alla dottrina, invece, P. PIAZZA, *op. cit.*, 844/II s.s., asserisce correttamente sulle tematiche in esame che «(...) il legislatore ha innescato un vero e proprio rapporto circolare in virtù del quale, data la correlazione tra informazione ricevuta e adempimento dei reciproci doveri, la condotta dei deleganti, non più onerati dal generale obbligo di vigilanza, si presta ad essere censurata esclusivamente in relazione ai fatti e alle situazioni di cui gli stessi siano venuti effettivamente a conoscenza o che sarebbero stati in grado di conoscere se avessero correttamente vigilato sull'osservanza dei doveri informativi posti a carico dei delegati e, prima ancora, sull'esistenza di un'adeguata regolamentazione di quei doveri e relativi flussi informativi». In relazione alla dottrina si segnalano infine e ulteriormente le posizioni di: V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione dell'impresa della società per azioni nella riforma*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2015, 154 ss., secondo cui «in presenza di una informazione apparentemente esauriente e in assenza di segnali di allarme che possano far presagire il verificarsi di anomalie gestionali o far sorgere il fondato sospetto sull'esistenza di comportamenti illeciti e pregiudizievoli per la società, non si può imputare all'amministratore di avere fatto affidamento sulle informazioni ricevute, anche quando queste si rivelino false o inesatte. (...)». La responsabilità per violazione del dovere di intervento sorge quando vi sia effettiva conoscenza del fatto pregiudizievole ovvero quando tale conoscenza sia desumibile dalle informazioni fornite dall'organo delegato»; A. VICARI, *op. cit.*, 138/I, che correla l'obbligo di iniziativa degli amministratori non esecutivi al sorgere di elementi “allarmanti”, affermando più precisamente al riguardo che «gli amministratori non esecutivi devono, pertanto, decidere sulla base esclusivamente delle informazioni loro fornite e di quelle necessarie a raggiungere un'adeguata ponderazione sulle questioni oggetto di decisione; in presenza di indici che suggeriscono la richiesta di un supplemento di informazione essi devono, tuttavia, procedere con tale richiesta. A tale ultimo riguardo si ritiene che tale potere/dovere di richiedere un supplemento informativo sorge in presenza di lacune, contraddizioni o, più in generale, dell'individuazione di profili meritevoli di maggior approfondimento nelle informazioni fornite dagli organi delegati».

deleghe gestori), dovrà verificare se, acquisita da parte degli stessi la conoscenza della portata pregiudizievole dell'operato degli amministratori delegati o percepita, attraverso segnali d'allarme, la detta portata, gli stessi fossero rimasti inerti ovvero concretamente reattivi¹⁷⁴.

Sembra utile segnalare sulla tematica in esame, al fine di rendere evidenza concreta del significato di "segnali d'allarme", che nel documento «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega» del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili più volte citato sono ritenuti sussistere (a pag. 24), in via esemplificativa (e sulla base della giurisprudenza lì invocata), i detti segnali «(...) quando si sono riscontrati:

- informative carenti e/o contraddittorie;
- compimenti di atti estranei all'oggetto sociale (c.d. *ultra vires*);
- irregolare tenuta delle scritture contabili;
- gestione personalistica;
- indebitamento irrazionale in presenza di liquidità disponibili (...);
- spoliazione di risorse aziendali posta in essere attraverso prelievi dalle casse sociali;
- finanziamenti a favore di società in dissesto;
- dimissioni degli amministratori e del collegio sindacale;
- formali richiami rivolti all'organo di amministrazione da parte del collegio sindacale circa le perdite rilevate e l'erosione del capitale sociale;
- parere negativo del collegio sindacale con riguardo al bilancio di esercizio, espresso nella relazione ai soci *ex art. 2429 c.c.*;
- mancato rispetto delle disposizioni in materia di forme tecniche con riferimento ai bilanci, anche consolidati;
- carenze nell'esercizio delle funzioni della capogruppo».

Si suggerisce, dunque, al termine delle considerazioni sopra esposte, la tesi secondo cui gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, ivi incluso il sistema di controllo interno, per i relativi profili non strettamente connessi agli indici elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili *ex art. 13*

¹⁷⁴ Con particolare riferimento al presidente del c.d.a. è stato segnalato in dottrina da F. BONELLI, *op. cit.*, 225 ss., che lo stesso «(...) (così come gli altri amministratori) a fonte di "segnali di allarme" dell'esistenza di illeciti dannosi per la società per i quali egli non sia riuscito a trovare plausibili e tranquillizzanti spiegazioni, non può rimanere *inerte*. In questi casi, senza escludere altre possibili iniziative, il presidente "deve informarsi!" (art. 2381⁶). (...) Non può insomma, in presenza di segnali di allarme, rimanere inerte e senza reazioni di sorta».

del Codice della crisi, beneficiano della protezione della BJR¹⁷⁵, ferma, invece, per gli altri assetti, l'inapplicabilità della detta *rule*¹⁷⁶; quanto ai primi, si ritiene infatti che gli stessi siano soggetti a una scelta discrezionale degli amministratori, che, ove assunta e vigilata mediante un corretto ed esaustivo procedimento informativo, non potrà essere sindacata per via giudiziale; quanto ai secondi, invece, si reputa che l'*imprimatur* sul risultato imposto ai medesimi per via normativa sia un limite invalicabile per l'operatività della stessa BJR.

La detta tesi si colloca tuttavia in un articolato dibattito in dottrina, nel quale (a prescindere dalla differenziazione qui operata per le varie tipologie di assetti, che non sembra essere stata prima d'ora avanzata) si oppongono, secondo una "macro" visuale, due orientamenti, di cui l'uno a favore e l'altro contro l'applicazione della BJR sul tema qui considerato¹⁷⁷.

Tuttavia, già solo considerando che è connotata da natura imprenditoriale quella scelta da compiersi con discrezionalità tecnica e con prospettive future ragionevolmente ipotizzabili (ma non certe), non sembra potersi pervenire a risultati diversi da quelli sopra esposti sul sindacato giudiziale dell'operato degli amministratori in tema di assetti societari¹⁷⁸, presentando le relative decisioni (fermi i limiti di matrice legislativa indicati nell'*incipit* del presente paragrafo) proprio la suddetta natura e (legittimamente) elementi di discrezionalità (tecnica) dell'organo

¹⁷⁵ In forza di tale *rule*, dunque, si verificherà la conseguenza descritta da D. CESIANO, *op. cit.*, 965/II, secondo cui «(...) il giudice deve astenersi dal sindacare il merito delle scelte gestionali nel caso in cui gli amministratori abbiano in buona fede raggiunto una decisione adeguatamente informata e in assenza di un interesse in conflitto con quello della società».

¹⁷⁶ Con riferimento al sistema di controllo interno volto alla rilevazione di segnali di crisi P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 72, esclude l'applicabilità della BJR, rilevando più specificatamente che «(...) sul terreno del diritto si può concludere che: (i) il sistema di controllo interno, strumento di diritto societario, deve essere finalizzato anche alla ricognizione dello stato di pre-crisi e non solo al controllo della gestione ordinaria; (ii) la mancanza del presidio può allora incidere, *ex post*, in termini o di impraticabilità di soluzioni anticipatorie (...) o di inattendibilità dei piani, per carenza di strumenti di verifica; (iii) l'adeguatezza delle procedure alla segnalazione preventiva dei segnali di crisi è elemento della adeguatezza degli assetti organizzativi; (iv) la adeguatezza degli strumenti di previsione/allerta non rientra quindi nello *safe harbour* della *Business Judgment Rule*; (v) l'adeguatezza delle "procedure di allerta" è quindi oggetto dei doveri e delle responsabilità graduate degli organi delegati (istituzione); del consiglio come *plenum* (valutazione), del collegio sindacale (vigilanza)».

¹⁷⁷ Tale dibattito è ben rappresentato da L. BENEDETTI, *op. cit.*, 422 ss., a cui si rinvia.

¹⁷⁸ Secondo L. BENEDETTI, *op. cit.*, 433 ss., «sia l'attinenza al futuro (...) sia la connessa non predeterminazione degli effetti (...) proprie delle scelte imprenditoriali costituiscono connotati anche delle decisioni organizzative degli amministratori: esse non esauriscono i loro effetti istantaneamente e non sono fondate esclusivamente su valutazioni legate al presente, ma presuppongono anche una valutazione prognostica sulle future necessità organizzative della società, così come sull'attitudine delle scelte compiute a soddisfarle».

amministrativo (nel rispetto, tuttavia, dei criteri di adeguatezza imposti dall'art. 2381, comma 5, c.c.)¹⁷⁹.

Pertanto, il giudice non potrà imputare alcuna responsabilità in capo agli amministratori qualora, dall'istruttoria e dalle verifiche compiute, risulti che gli stessi abbiano assunto una condotta diligente (anche sotto il profilo della predisposizione e monitoraggio di adeguati assetti per la società) durante il procedimento informativo prodromico all'operazione compiuta e sottoposta al suo vaglio¹⁸⁰ (procedimento che ad oggi, sulla base delle indicazioni del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili e del Codice di *Corporate Governance* analizzate nel precedente paragrafo n. 2.2, sembra affondare le proprie radici nell'*humus* formato da – stratificati – manuali, regolamenti e procedure di natura operativa per la completa e trasparente tracciabilità dell'*iter* decisionale dei membri del consiglio di amministrazione).

¹⁷⁹ Esclude dal novero delle scelte imprenditoriali le decisioni degli amministratori in ordine agli assetti societari C. AMATUCCI, *op. cit.*, 668/I ss., il quale sintetizza le sue osservazioni sull'inoperatività della BJR rispetto ai detti assetti nei seguenti termini (v. *ivi*, 670/I): «In materia di assetti non c'è, in conclusione, discrezionalità al riparo della BJR e gli amministratori, al fine di proteggersi dall'area di sindacabilità giudiziale, non coperta da quest'ultima – ossia quella appartenente al processo decisionale, “decisivo nell'attribuzione di responsabilità” – hanno l'obbligo di predisporre un'organizzazione efficiente, cioè realizzare degli assetti adeguati e vigilare sul loro funzionamento». Assume posizione contraria alla qualifica di “scelte imprenditoriali” per le decisioni in ordine agli assetti della società anche il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili con il suo documento «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega» (v. pag. 38). Si dichiara invece favorevole all'applicazione della BJR in ordine ai detti assetti, stante la relatività della nozione di “adeguatezza”, V. CALANDRA BUONAURO, *La gestione dell'impresa della società per azioni nella riforma*, cit., 147, per il quale la BJR è un «limite che (...) sussiste anche per quanto riguarda l'adeguatezza degli assetti organizzativi per la inevitabile relatività della nozione di adeguatezza che può ritenersi, pertanto, soddisfatta quando le relative decisioni organizzative appaiono razionali e supportate da una diligente valutazione dei rischi, dei costi e dei benefici rapportati alla natura e alle dimensioni dell'impresa e non quando siano necessariamente conformi ad un astratto modello ritenuto ottimale».

¹⁸⁰ Osserva P. PISCITELLO, *op. cit.*, 1172, che «(...) il giudizio di responsabilità non deve attenere alla decisione, ma solo al momento preliminare dell'istruttoria, evitando ogni valutazione di tipo imprenditoriale che investa l'opportunità delle operazioni, poiché la competenza gestionale degli amministratori implica invero un potere discrezionale di scelta che non può essere valutato nel merito». In tal senso anche, in tempi recenti, Cass., 2 febbraio 2015, n. 1783, in *Società*, 1317 ss., con nota di L. LOPEZ, *Discrezionalità degli amministratori di S.p.a., diligenza e dovere di agire in modo informato*, *ivi*, 1319, in cui viene circoscritto al procedimento istruttorio l'ambito di indagine dell'operato degli amministratori prodromico all'operazione posta in essere.

CAPITOLO 3

Governance* bancaria e tutela del risparmio: tratti distintivi dalla disciplina comune sui doveri degli amministratori di agire in modo informato e di predisporre adeguati assetti societari in un’ottica *constitutional oriented

§ 3.1 - Lo statuto speciale dell’impresa bancaria: diligenza, assetti societari e flussi informativi

L’inquadramento giuspubblicistico della *governance* bancaria e i tratti della disciplina comune dell’amministrazione delle s.p.a. (considerate, si ribadisce, come enti singoli – e non appartenenti a un gruppo –, non quotate e nemmeno sottoposte a vigilanza) delineati nei precedenti capitoli, consentono di svolgere (ponendosi come premesse) le considerazioni di seguito articolate in merito ai peculiari profili del «Governo societario» e del «Sistema dei controllo interni» a cui le Disposizioni di Vigilanza, nell’ambito bancario, dedicano (rispettivamente) i capitoli nn. 1 e 3 del titolo IV, parte I.

È interesse di chi scrive verificare se e come la specialità dello statuto delle banche¹⁸¹ incida (legittimamente o meno in un’ottica *constitutional oriented*) sui criteri

¹⁸¹ Anche recentemente tale specialità è stata constatata in dottrina da: G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, 48 ss., per il quale è ben noto «che la *governance* delle società bancarie sia intrisa di rilevanza pubblicistica (...), tanto che da sempre si parla, spesso, di un diritto settoriale [o, da ultimo, speciale (...)], che disciplina l’impresa bancaria»; M. STELLA RICHTER JR, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamenti di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in *Riv. soc.*, 2018, 326, secondo cui il «diritto speciale delle banche» è «un diritto che, per una serie di ragioni arcinote e che qui non è il caso neanche di richiamare indicativamente, si caratterizza in tutti gli ordinamenti evoluti (...) per una netta differenziazione rispetto al diritto comune delle imprese societarie proprio in ragione di una (assai) più marcata presenza di norme di stampo pubblicistico, di una pervasiva funzione di regolamentazione affidata ad autorità pubbliche e per una ricca serie ulteriore di prescrizioni di vigilanza». La specialità delle banche è stata ritenuta caratteristica valevole per qualunque tipologia delle stesse da L. DONATO, *La specialità della società bancaria alla luce della nuova disciplina della vigilanza europea sulla governance*, in A. BROZZETTI (a cura di), *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il “futuribile”*, Milano, Giuffrè, 2016, 216, che si esprime al riguardo nei seguenti termini: «La specialità della regolamentazione nasce da elementi di base comuni, sotto qualsiasi diritto nazionale o regime societario, a tutte le banche: la composizione e la funzione monetaria del passivo, la rete di rapporti tra le istituzioni finanziarie, la partecipazione al sistema dei pagamenti, i rapporti con il sistema delle imprese, i riflessi della instabilità finanziaria sull’economia reale».

orientativi dell'operato degli amministratori delle stesse, considerati rispetto ai loro obblighi in tema di adeguati assetti societari (inclusivi del sistema di controllo interno che è espressamente normato dalla Banca d'Italia)¹⁸², tenuto altresì conto degli altri due obblighi di diligenza e di agire in modo informato in capo ai medesimi¹⁸³ (secondo le interrelazioni tra questi tre doveri già evidenziate nel precedente paragrafo n. 2.1).

Per agevolare la comparazione tra la normativa speciale considerata rispetto ai doveri di cui sopra, da una parte, e la disciplina comune dettata per i medesimi doveri, dall'altra parte, verrà riproposto lo schema espositivo utilizzato nel capitolo n. 2 del presente elaborato, avviando dunque l'indagine dall'esame della clausola generale della corretta amministrazione nello specifico settore inerente alle banche (così sviluppando quella premessa "tecnica" posta al termine del precedente paragrafo n. 2.2).

Tale clausola, di cui si è già affermata l'assoluta rilevanza per i consiglieri di qualsiasi s.p.a., per i quali costituisce la linea "madre" del loro operato, non solo si rafforza in ambito bancario, ma è ivi soggetta a una "particolare" declinazione in vista degli interessi giuspubblicistici sottesi al detto ambito¹⁸⁴.

Sembra utile rammentare al riguardo che nella «Premessa», *sub* paragrafo n. 1, sezione I, del capitolo n. 1 (dedicato al «Governo societario»), viene innanzitutto esplicitato che «*efficaci assetti organizzativi e di governo societario* costituiscono per tutte le imprese condizione essenziale per il perseguimento degli obiettivi

¹⁸² Osserva A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 1195/I ss., che «la scelta del legislatore speciale di imporre l'allestimento delle funzioni di controllo interno nel quadro delle complessive strutture propedeutiche all'esercizio dell'attività bancaria sta a testimoniare l'esistenza di *esigenze di controllo* la cui soddisfazione richiede l'approntamento di specifiche risorse loro dedicate; esigenze emergenti non già a valle del processo decisionale d'impresa, cioè ad atto o fatto compiuto, ma durante le fasi interne il processo stesso, atteso che (...) il momento d'azione dei controlli interni quale *appendice degli assetti organizzativi* è precedente e strumentale a quello dell'azione d'impresa, ovvero sia al prodursi dell'atto».

¹⁸³ È stato affermato al riguardo A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, cit., 36/II, che «specularmente ad un livello di *diligenza* che in banca si fa più elevato a causa dei rischi dei quali deve preoccuparsi chi gestisce questa impresa, l'ufficio amministrativo presenta dunque profili di *specialità* anche proprio con riferimento al *dovere di organizzazione* ed a quello di *agire in modo informato*».

¹⁸⁴ Secondo A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, cit., 1174/I, «la legislazione bancaria (...) valuta d'imperio la necessità dell'implementazione dei controlli interni quale incombenza integrativa del canone di *corretta amministrazione*, paradigma comportamentale, quest'ultimo, che nel settore dei mercati finanziari (...) si arricchisce in ragione di quel *quid pluris* di attribuzioni che qualificano la condotta dell'avveduto e diligente banchiere, (...)».

aziendali; per le banche essi assumono particolare rilievo *in ragione delle caratteristiche che connotano l'attività bancaria e degli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento. Gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione*, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza. (...). Le disposizioni di questo capitolo si articolano in principi generali e linee applicative. I primi, attraverso norme di carattere generale, fissano gli obiettivi della disciplina rimettendo all'autonomia degli intermediari la concreta individuazione delle soluzioni più idonee a realizzarli, secondo criteri di proporzionalità che tengono conto della dimensione o della complessità della banca (...). Le linee applicative agevolano, su alcuni aspetti specifici della materia, l'attuazione delle norme generali, senza esaurirne il contenuto precettivo; esse sono calibrate sulle caratteristiche organizzative e operative delle diverse tipologie di banche. *Nella prospettiva di rafforzare gli standard minimi di organizzazione e governo societario di tutti gli intermediari, i principi indicati riguardano: la chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, l'appropriato bilanciamento dei poteri, l'equilibrata composizione degli organi, l'efficacia dei controlli, il presidio di tutti i rischi aziendali, l'adeguatezza dei flussi informativi. I vertici dell'impresa bancaria assumono un ruolo centrale nella definizione, sulla base di un'attenta valutazione delle specifiche caratteristiche aziendali, di assetti di governo societario idonei ad assicurare il perseguimento di detti obiettivi.* (...)).

Dalle specificazioni di cui sopra emergono già, *ictu oculi*, le speciali declinazioni a cui è soggetta la clausola generale della corretta amministrazione, alla quale viene (seppur indirettamente, come nella disciplina comune delle s.p.a.) conferita una posizione apicale nell'ambito della normativa bancaria, essendo la stessa (e gli assetti della società da predisporli) lo strumento attuativo degli obiettivi della *governance* bancaria,¹⁸⁵ che deve garantire (proporzionalmente alle esigenze della

¹⁸⁵ La rilevanza della *governance* bancaria è evidenziata (anche in un'ottica sistemica), recentemente, in dottrina da M. BROGI, *Relazione* (nella «tavola rotonda» conclusiva della seconda sessione del convegno di Courmayeur, 22-23 settembre 2017), in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *La Banca nel nuovo ordinamento europeo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2018, 195 (secondo cui «sebbene la governance non sia direttamente collegata ad alcuna voce dello stato patrimoniale della banca, si può nondimeno ritenere che svolga una funzione analoga al capitale proteggendolo per il tramite della sana e prudente gestione»), nonché da G. LUSIGNANI, *Corporate Governance, business model e performance delle banche europee*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *op. cit.*, 128 (laddove tale Autore afferma che «un'efficace governance aziendale può non solo

singola impresa) «chiarezza» nell'attribuzione dei compiti e delle responsabilità, “appropriatezza” nella ripartizione dei poteri, “equilibrio” nella struttura partecipativa degli organi, «efficacia» dei controlli, «presidio» dei rischi aziendali e «adeguatezza» dei flussi di informazione.

Tale clausola permea quindi, intensamente, l'operato degli organi sociali, che nelle Disposizioni di Vigilanza non vengono espressamente normati in quanto tali, essendo nelle stesse impiegato il concetto, tripartito, di «funzioni»: trattasi delle funzioni di «*supervisione strategica*», «*gestione*» e «*controllo*»¹⁸⁶.

Sempre per quanto indicato nella «Premessa» in esame, *tali funzioni «(...) dovranno essere in concreto assegnate agli organi aziendali o a loro componenti in coerenza con la normativa civilistica e di vigilanza.* Questa impostazione risponde all'esigenza di enucleare dalle competenze degli organi sociali nei diversi modelli quelle che, presenti in ogni organizzazione aziendale, assumono rilievo sotto un profilo di vigilanza. La *funzione di supervisione strategica* si riferisce alla determinazione degli indirizzi e degli obiettivi aziendali strategici e alla verifica della loro attuazione; la *funzione di gestione* consiste nella conduzione dell'operatività aziendale volta a realizzare dette strategie; la *funzione di controllo* si sostanzia nella verifica della regolarità dell'attività di amministrazione e dell'*adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili della banca.* In relazione ai diversi modelli di amministrazione e controllo e alle scelte statutarie dei singoli intermediari, più funzioni possono essere svolte dallo stesso organo o più organi possono condividere la stessa funzione. Ad esempio, la funzione di supervisione strategica e quella di gestione, attenendo unitariamente all'amministrazione dell'impresa, possono essere

contribuire a una maggiore solidità del settore bancario e a ridurre la probabilità di crisi, ma anche essere un fattore rilevante per la performance di medio-lungo termine degli istituti di credito»).

¹⁸⁶ Nell'alveo dottrinario (con considerazioni che, pur non riferite alla vigente versione delle Disposizioni di Vigilanza, sono valevoli anche ad oggi) è stato osservato da: G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, cit., 54, che le predette Disposizioni «(...) non distinguono tra i diversi modelli di governo societario fissati dal codice civile, ma si applicano agli stessi trasversalmente (...), sulla base della distinzione rapportate alle funzioni (supervisione strategica, gestione e controllo) assegnate ai vari organi anche per effetto delle scelte statutarie (...)»; da G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 153, che «(...) la disciplina di rango secondario (...) appare imperniata non tanto sull'analisi e la regolazione degli organi sociali in quanto titolari di determinate funzioni, bensì piuttosto sulla descrizione e regolazione delle funzioni stesse, che, al vertice, vengono identificate, rispettivamente, nella *supervisione strategica*, nella *gestione* e nel *controllo*, e costruisce su di esse e con riferimento ad esse, piuttosto che sugli organi nominativamente individuati e potenzialmente variabili (quanto a nome, composizione, struttura) a seconda del modello amministrativo in concreto prescelto, una serie di regole di carattere ora generale, ora applicativo, (...)».

incardinate nello stesso organo aziendale; tipicamente ciò avviene nell'ambito del consiglio di amministrazione. (...)».

Considerato quindi che per le banche adottanti il sistema cd. “tradizionale” il consiglio di amministrazione assomma entrambe le funzioni di supervisione strategica e di gestione (da esercitarsi con «momenti»¹⁸⁷ dedicati all'una e all'altra di tali funzioni) si può quindi procedere a verificare quale sia il grado di diligenza richiesto agli amministratori dell'impresa bancaria (al fine di valutare poi come si caratterizzino in tale impresa gli altri due doveri – quello di predisporre adeguati assetti societari e quello di agire in modo informato – da adempiersi da parte degli amministratori).

Anche con riferimento a tale aspetto si manifesta la specialità della disciplina a cui sono soggetti gli istituti di credito, essendo richiesta ai relativi membri del c.d.a. una condotta altamente efficace ed efficiente anche dal punto di vista tecnico (soprattutto in relazione ai rischi implicati dall'esercizio dell'attività sociale).

Rileva, in ordine al profilo in esame, la sezione IV del capitolo n. 1 (titolo IV, parte I) delle Disposizioni di Vigilanza, dedicata (nell'ambito del «Governo societario») alla «Composizione e nomina degli organi sociali», ove sono contenute clausole volte a regolamentare, dal punto di vista qualitativo, la struttura del consiglio di amministrazione.

Nei relativi «Principi generali» *sub* paragrafo n. 1 viene al riguardo (anche) disposto che:

→ «Sotto il profilo qualitativo, il corretto assolvimento delle funzioni richiede che *negli organi con funzioni di supervisione strategica e gestione siano presenti soggetti:*

¹⁸⁷ Il vocabolo ricompreso tra le virgolette (*i.e.*, «momenti») riprende la fraseologia impiegata nelle Disposizioni di Vigilanza, ove viene previsto che l'«(...) esigenza di una puntuale distinzione di ruoli si pone con riferimento ai componenti dell'organo in cui sono incardinate entrambe le funzioni. Tale distinzione di funzioni non incide sulla caratteristica collegiale dell'organo (ossia, nel “nostro” caso, del consiglio di amministrazione, n.d.r.) e sul coinvolgimento di tutti i suoi membri nello svolgimento dell'attività, ma consente una più puntuale articolazione dei *momenti* (di supervisione strategica e gestionali) attraverso i quali l'organo medesimo esercita le proprie competenze» (v. «Principi generali» *sub* paragrafo n. 2.1., Il capoverso, sezione III, capitolo n. 1, titolo IV, parte I). In dottrina R. COSTI, *Relazione introduttiva* (alla seduta antimeridiana del convegno di Salerno, 27 giugno 2014), in A. PRINCIPE (a cura di), *op. cit.*, 6, ritiene che, nell'ipotesi in cui le due funzioni in esame coesistano nello stesso organo, la relativa «(...) separazione passa attraverso il sistema delle deleghe (...)». Tuttavia, la scrivente non condivide pienamente questa posizione dottrinale, configurandosi la delega come possibile, ma non necessario, strumento di articolazione dei compiti (anche di gestione) del consiglio di amministrazione.

- *pienamente consapevoli* dei poteri e degli obblighi inerenti alle funzioni che ciascuno di essi è chiamato a svolgere (...);

- *dotati di professionalità adeguate al ruolo da ricoprire*, anche in eventuali comitati interni al consiglio, e calibrate in relazione alle caratteristiche operative e dimensionali della banca;

- *con competenze diffuse tra tutti i componenti e opportunamente diversificate*, in modo da consentire che ciascuno dei componenti, sia all'interno dei comitati di cui sia parte che nelle decisioni collegiali, possa effettivamente *contribuire, tra l'altro, a individuare e perseguire idonee strategie e ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca*¹⁸⁸;

- che dedichino *tempo e risorse adeguate alla complessità del loro incarico*, fermo il rispetto dei limiti al cumulo degli incarichi previsti in attuazione della CRD IV;

- che indirizzino la loro azione al perseguimento dell'interesse complessivo della banca, indipendentemente dalla compagine societaria che li ha votati o dalla lista da cui sono tratti; essi operano con *autonomia di giudizio*» (III capoverso);

→ «L'attenzione va posta su tutti i componenti, ivi compresi quelli non esecutivi: questi sono compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio e chiamati a svolgere un'importante funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli esponenti esecutivi. L'autorevolezza e la professionalità dei consiglieri non esecutivi devono essere adeguate all'efficace esercizio di queste funzioni, determinanti per la sana e prudente gestione della banca: è quindi fondamentale che anche la compagine dei consiglieri non esecutivi possieda ed esprima adeguata conoscenza del business bancario, delle dinamiche del sistema economico-finanziario, della regolamentazione bancaria e finanziaria e, soprattutto, delle metodologie di gestione e controllo dei rischi. Si tratta di conoscenze essenziali per l'efficace svolgimento dei compiti loro richiesti» (IV capoverso).

¹⁸⁸ Tale previsione viene accompagnata dall'ulteriore specificazione (contenuta in una apposita nota a piè di pagina) che «un adeguato grado di diversificazione, anche in termini di età, genere e provenienza geografica, favorisce tra l'altro la pluralità di approcci e prospettive nell'analisi dei problemi e nell'assunzione delle decisioni, evitando il rischio di comportamenti di mero allineamento a posizioni prevalenti, interne o esterne alla banca. La diversificazione può indurre ad un grado di coinvolgimento più intenso di ciascun componente su materie o decisioni più affini e alle proprie caratteristiche. Ciò non deve tuttavia pregiudicare il principio della partecipazione attiva di tutti gli esponenti ai lavori e alle decisioni consiliari; ogni componente deve quindi essere in grado di analizzare e formulare valutazioni sul complesso delle materie trattate e delle decisioni assunte in consiglio».

Nelle successive «Linee applicative» *sub* paragrafo n. 2 viene altresì previsto che «le banche adottano *piani di formazione adeguati* ad assicurare che il bagaglio di *competenze tecniche* dei membri degli organi di amministrazione e controllo nonché dei responsabili delle principali funzioni aziendali, necessario per svolgere *con consapevolezza* il loro ruolo, sia *preservato nel tempo*; in caso di nuove nomine, programmi di formazione specifici sono predisposti per agevolare l’inserimento dei nuovi componenti negli organi aziendali» (v. paragrafo 2.1., lett. e).

Le clausole sopra esposte evocano, di per sé, un grado di diligenza per tutti i consiglieri del c.d.a poco distante dalla perizia (tant’è che anche nel corso del rapporto tra la banca e i suoi amministratori le «competenze tecniche» di questi ultimi devono essere preservate con appositi piani formativi) e determinano la necessità che ciascuno degli anzidetti consiglieri, con la propria autorevolezza e professionalità, adeguatamente conosca (a pena di inefficace svolgimento dei suoi compiti) il «*business bancario*», le «*dinamiche del sistema economico-finanziario*», la «*regolamentazione bancaria e finanziaria*» e le «*metodologie di gestione e controllo dei rischi*»¹⁸⁹.

Tra le suddette clausole, quella oggetto del IV capoverso sembra costituire il fulcro (e, specularmente, il problema) della diligenza così tecnica richiesta a tutti gli amministratori di banca, che impone di domandarsi come possa declinarsi, per ciascuno degli stessi, sulla base dell’art. 2392, comma 1, c.c. , la relativa (eventuale) responsabilità al ricorrere di un evento dannoso (si tenga altresì conto che nella «Premessa» contenuta nella sezione I del capitolo n. 1 – titolo IV, parte I – delle Disposizioni di Vigilanza viene affermato al IX capoverso che – anche – le funzioni di supervisione strategica e di gestione «(...) dovranno essere in concreto assegnate agli organi aziendali o a loro componenti *in coerenza con la normativa civilistica e di vigilanza*»).

Fermo quanto sopra (e rinviando l’approfondimento dell’ultima questione posta al successivo paragrafo n. 3.3), la diligenza (secondo quanto già precisato nel

¹⁸⁹ Con specifico riferimento agli amministratori non esecutivi di banca, atteso l’ampio bagaglio conoscitivo (anche) a loro richiesto, C. FRIGENI, *op. cit.*, 496, asserisce che «solo una competenza professionale articolata e una conoscenza delle caratteristiche concrete della realtà aziendale possono (...) consentire a questi ultimi di interloquire – se del caso anche in termini dialettici – con il delegato e con gli altri membri esecutivi e fornire, in questo modo, un effettivo contributo all’esercizio della funzione di supervisione strategica da parte del consiglio di amministrazione» (tale opinione, pur non dettata con riferimento alle attuali Disposizioni di Vigilanza, si rivela valevole anche ad oggi).

precedente paragrafo n. 2.1) implica in ogni caso considerazioni riferite agli ulteriori (due) doveri degli amministratori di banche qui in esame, consistenti in quelli di predisporre adeguati assetti societari e di agire in modo informato (che devono essere, entrambi, *diligentemente* adempiuti).

Relativamente al primo di tali doveri deve innanzitutto osservarsi che le Disposizioni di Vigilanza attribuiscono all'organizzazione societaria, considerata nel suo complesso, una portata centrale, essendo infatti statuito nella «Premessa» (v. I capoverso) della sezione I all'interno del capitolo n. 1 (come già evidenziato nell'*incipit* di codesto paragrafo) che: «*Efficaci assetti organizzativi e di governo societario* costituiscono per tutte le imprese condizione essenziale per il perseguimento degli obiettivi aziendali; per le banche essi assumono particolare rilievo in ragione delle caratteristiche che connotano l'attività bancaria e degli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento. Gli *assetti organizzativi e di governo societario* delle banche, oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione dei controlli di vigilanza»¹⁹⁰.

Tuttavia, nell'ambito di tale organizzazione, la Banca d'Italia dedica primaria rilevanza al sistema dei controlli interni¹⁹¹ (che non sono invece direttamente

¹⁹⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 142, in epoca antecedente alla versione attuale delle Disposizioni di Vigilanza, affermava (con assunti valevoli tuttavia anche ad oggi) che «(...) alla radice della crescente attenzione, in sede di regolazione, delle banche (...), vi è l'assunto per il quale l'adozione di un *sistema organizzativo* proporzionato, efficiente e razionale costituisce il miglior presidio da un lato degli obiettivi della vigilanza pubblicistica sull'impresa, dall'altro della correttezza dei comportamenti dell'impresa nei confronti dei soggetti (clienti, investitori) che accedono ai, e usufruiscono dei, servizi da essa prestati; in particolare, il miglior presidio: - della sana e prudente gestione (...); - della stabilità patrimoniale e contenimento del rischio (...); - della correttezza e trasparenza dei comportamenti nella prestazione dell'attività bancaria e dei servizi di investimento (...)».

¹⁹¹ Tale sistema, ai sensi delle Disposizioni di Vigilanza, parte I, titolo IV, capitolo 3, sezione I, paragrafo 6, I capoverso, «(...) è costituito dall'insieme delle regole, delle funzioni, delle strutture, delle risorse, dei processi e delle procedure che mirano ad assicurare, nel rispetto della sana e prudente gestione, il conseguimento delle seguenti finalità: - verifica dell'attuazione delle strategie e delle politiche aziendali; - contenimento del rischio entro i limiti indicati nel quadro di riferimento per la determinazione della propensione al rischio della banca (*Risk Appetite Framework* - "RAF") (...); - salvaguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite; - efficacia ed efficienza dei processi aziendali; - affidabilità e sicurezza delle informazioni aziendali e delle procedure informatiche; - prevenzione del rischio che la banca sia coinvolta, anche involontariamente, in attività illecite (con particolare riferimento a quelle connesse con il riciclaggio, l'usura ed il finanziamento al terrorismo); - conformità delle operazioni con la legge e la normativa di vigilanza, nonché con le politiche, i regolamenti e le procedure interne». Sempre ai sensi delle suddette Disposizioni, la disciplina contenuta nelle stesse avente ad oggetto il sistema in esame «(...) *forma parte integrante del complesso di norme concernenti gli assetti di governo e controllo delle banche*, quali le disposizioni di natura organizzativa in materia di: governo societario; (...)» (v. parte I, titolo IV, capitolo 3, sezione I, paragrafo 1, III capoverso, II alinea).

menzionati nella disciplina avente ad oggetto, nel codice civile, il sistema di amministrazione cd. “tradizionale”), a cui è specificatamente dedicato, all’interno delle suddette Disposizioni, l’omonimo capitolo n. 3 (titolo IV, parte I). Infatti, al centro della speciale normativa bancaria vi sono i profili concernenti la definizione, la gestione e il monitoraggio di ogni tipologia di rischio aziendale¹⁹², a cui sono dedicate numerose clausole di dettaglio.

La peculiare attenzione rivolta all’anzidetto sistema da parte della Banca d’Italia sembra trovare la propria massima espressione in uno degli assunti concretizzanti i «Principi generali» della materia *de qua*, secondo cui, più precisamente, «*il sistema dei controlli interni riveste un ruolo centrale nell’organizzazione aziendale: rappresenta un elemento fondamentale di conoscenza per gli organi aziendali in modo da garantire piena consapevolezza della situazione ed efficace presidio dei rischi aziendali e delle loro interrelazioni; orienta i mutamenti delle linee strategiche e delle politiche aziendali e consente di adattare in modo coerente il contesto organizzativo; presidia la funzionalità dei sistemi gestionali e il rispetto degli istituti*

¹⁹² La centralità di tali profili si poggia su “fondamenta” europee, essendo già nella direttiva CRD IV, art. 74, paragrafo n. 1, previsto che «gli enti sono dotati di solidi dispositivi di governance, ivi compresa una chiara struttura dell’organizzazione con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l’identificazione, la gestione, la sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali sono o potrebbero essere esposti, e di adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili nonché politiche e prassi di remunerazione che riflettano e promuovano una sana ed efficace gestione del rischio». Con espresso riferimento al predetto art. 74, S. SCOTTI CAMUZZI, *op. cit.*, 168 ss., rileva che «dispositivi di governance, processi efficaci, meccanismi di controllo interno sono dunque assunti ad argomenti-oggetti delle prescrizioni normative avendo riguardo ad una finalità specifica. (...)». Nel porre le regole in commento, i regolatori – fin dal livello comunitario – sono stati presi dall’idea (...) che il governo dell’impresa è essenzialmente controllo dei suoi rischi. (...). Pur non convenendo sull’affermazione che la gestione dell’impresa si identifichi con la gestione dei rischi cui essa è esposta, è ben vero che è il buon governo di tali rischi a farne la duratura fortuna; ed è vero che nell’impresa bancaria l’importanza del controllo dei rischi è accentuata perché, in primo luogo, è l’attività finanziaria che porta insito in sé il rischio del futuro (...); e perché, in secondo luogo, la banca è obbligata per legge ad osservare il principio della (sana e) prudente gestione: cioè ad operare tenendo in pregio, anzitutto, il contenimento dei rischi d’impresa che, genericamente (in quanto impresa operante in un mercato) e specificamente (in quanto impresa finanziaria), essa incontra». Sempre in dottrina (in ordine alla posizione “nevralgica” dei profili di rischio nella *governance* bancaria) cfr.: V. CALANDRA BUONAURA, *La Corporate Governance delle banche tra autonomia e regolamentazione*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *op. cit.*, 167 ss., secondo cui «la particolare vulnerabilità della gestione bancaria (...) e la considerazione delle conseguenze che possono derivare da un eventuale dissesto sono poste tradizionalmente a fondamento dell’interesse pubblico alla stabilità dell’impresa bancaria e della necessaria adozione di un quadro regolamentare specificatamente rivolto al contenimento e al controllo dei rischi in una prospettiva di salvaguardia della sana e prudente gestione e della stabilità del sistema finanziario»; P. SINGER, C.A. SIRIANNI, *La corporate governance nelle imprese bancarie*, Torino, Giappichelli, 2018, 47, i quali affermano che «è (...) essenziale che il governo della banca non solo sia trasparente ed improntato a criteri di professionalità ed eticità, ma, soprattutto, in grado di individuare, gestire e monitorare le diverse tipologie di rischio a cui essa è esposta».

di vigilanza prudenziale; favorisce la diffusione di una corretta cultura dei rischi, della legalità e dei valori aziendali» (v. «Principi generali», II capoverso, *sub* paragrafo n. 6, sezione I, del capitolo n. 3).

È dunque l'intera organizzazione della banca a dover essere plasmata sul sistema dei controlli interni, che si estrinseca (secondo l'espresso dettato delle Disposizioni di Vigilanza oggetto dei «Principi generali» in esame) in «controlli di linea (c.d. "controlli di primo livello")», «controlli sui rischi e sulla conformità (c.d. "controlli di secondo livello")» e «revisione interna (c.d. "controlli di terzo livello")», che, pur differenti nel loro peculiare oggetto (dettagliato nel VI capoverso dei suddetti «Principi generali»), *presuppongono per la loro piena e funzionale operatività* «(...) *l'esistenza di una organizzazione aziendale adeguata per assicurare la sana e prudente gestione delle banche e l'osservanza delle disposizioni loro applicabili*».

Rispetto al sistema dei controlli interni e agli assetti societari (sui quali insiste anche una problematica di natura terminologica, che verrà analizzata nel prosieguo) assume precipuo ruolo, ai fini del presente elaborato, il consiglio di amministrazione, che è onerato di numerosi adempimenti quale organo con funzioni di supervisione strategica e di gestione.

Dalla complessa e articolata disciplina di settore¹⁹³ in merito alle condotte richieste a tale consiglio per la sua titolarità di entrambe le suddette funzioni, emerge tuttavia come l'impianto codicistico dettato *ex art.* 2381 c.c. sugli assetti societari si collochi soltanto "sullo sfondo" (e anche "in lontananza"), essendo i dettami lì contenuto soggetti, nella disciplina bancaria, ad un'ampia e profonda rimodulazione, comportante un significativo distacco da tale impianto; infatti, al c.d.a. delle banche

¹⁹³ Già nell'anno 2014 il presidente (dell'epoca) dell'ABI, nel suo intervento di apertura del convegno *L'impresa bancaria: i doveri e le responsabilità degli amministratori*, organizzato dalla stessa ABI e svoltosi a Roma il 26 marzo 2014, coglieva (seppur in un'ottica generale e non riferita esclusivamente alle Disposizioni di Vigilanza) l'«(...) occasione per esprimere un auspicio, a coloro che hanno la funzione di regolazione, per un forte impegno di semplificazione normativa. Tema, questo, che certamente ha carattere di generalità, nel senso che se la semplificazione normativa è un valore positivo in sé, esso diviene un fattore ancora più incisivo per il mondo delle imprese e in particolare di quelle imprese – come sono le banche – che per la attività svolta sono soggette a una stratificazione estremamente complessa di norme, primarie, secondarie, nazionali, comunitarie. Dovrebbero essere favoriti processi di delegificazione, così come il coordinamento e la raccolta di testi normativi, ad esempio in Testi unici, per riportare a coerenza e unità logica disposizioni che, negli anni, si sono succedute. (...) Vanno perseguite, quindi, chiarezza, coerenza, semplicità normativa perché esse significano anche certezza del diritto e quindi certezza dei diritti e dei doveri. Valori questi di cui beneficiano tutti: gli amministratori, i nostri clienti, il mercato e tutti coloro che, come le Autorità, proprio dalle regole devono partire per misurare e valutare i comportamenti e gli atti» (così A. PATUELLI, *I doveri e le responsabilità degli amministratori delle imprese bancarie. Board members' duties and responsibilities in banking*, in *Bancaria*, 2014, 2).

considerato nel suo *plenum* e per la sua funzione di supervisione strategica sono attribuiti dalla normativa bancaria, in ordine alla complessiva organizzazione societaria, compiti ben più pervasivi di quelli dettati dal codice civile¹⁹⁴, che non risultano nemmeno così distinguibili da quelli spettanti al c.d.a. quale organo con funzione di gestione.

L'impressione che emerge dalla disamina delle Disposizioni di Vigilanza per gli aspetti sopra considerati è che queste ultime, per i numerosi dettagli e la collocazione testuale non sempre contigua di norme tra loro collegate, siano (quantomeno *prima facie*) di difficile comprensione e intrinsecamente, a tratti, non propriamente lineari. Si consideri a tal proposito, in via esemplificativa e con specifico riguardo agli assetti in esame, quanto segue.

(1) Sembra esservi opacità già a livello terminologico, laddove, per individuare e articolare i compiti delle funzioni di supervisione strategica e di gestione in merito agli assetti societari, sono impiegate varie e differenti espressioni che, pur potendosi ritenere tutte (almeno in senso lato) riferibili agli stessi, determinano dubbi sulla loro piena equivalenza; tra queste espressioni si annoverano quelle di «assetti organizzativi (anche declinati al singolare, n.d.r.) e di governo societario», «organizzazione e governo societario», «organizzazione aziendale», «organizzazione», «assetti di governo societario», «assetti organizzativi e contabili», «sistemi contabili e di rendicontazione (*reporting*)», «assetto complessivo di governo», «struttura della banca» e «struttura organizzativa». È ben vero che anche in questo elaborato, per riferirsi agli assetti in esame, onde evitare ripetizioni si sono utilizzate in modo tendenzialmente interscambiabile locuzioni differenti (quali, in via esemplificativa, 'organizzazione' e 'struttura'); è altrettanto vero, però, che l'onere da assolvere circa l'utilizzo di un linguaggio chiaro e uniforme, e pertanto anche omogeneo, sembra porsi con un'intensità più elevata per il legislatore affinché

¹⁹⁴ Per V. CALANDRA BUONAURA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, cit., 8, «il complesso delle attribuzioni che le disposizioni di vigilanza assegnano all'organo con funzione di supervisione strategica per quanto attiene il governo dei rischi e il sistema dei controlli interni non pare riconducibile alla semplice "valutazione di adeguatezza" che spetta al consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 2381, comma 3°, c.c.» (e tali considerazioni, seppur formulate in epoca antecedente alle vigenti Disposizioni di Vigilanza e con riferimento al solo predetto sistema, si rivelano ancora attuali ed estendibili agli assetti societari).

il suo dettato normativo sia scevro di difficoltà interpretative¹⁹⁵, anche per “banali” questioni di certezza del diritto.

(2) Non pare esserci esatta determinazione dei compiti spettanti all’organo con funzione di supervisione in merito agli assetti in esame (anche per i “riflessi”, sui profili di dettaglio qui considerati, delle problematichità espressive sopra indicate), considerando che a tale organo è richiesto (nell’ambito dei capitoli nn. 1 e 3, titolo IV, parte I, delle Disposizioni di Vigilanza oggetto del presente elaborato):

2.1. da un lato, di *definire* «l’assetto complessivo di governo» (v. paragrafo n. 2.2., lett. b., sezione III, capitolo n. 1);

2.2. dall’altro lato, di *approvare* «l’assetto organizzativo e di governo societario della banca» ed i «sistemi contabili e di rendicontazione (*reporting*)» (v. paragrafo n. 2.2., lett. b., sezione III, capitolo n. 1);

2.3. dall’altro lato ancora, di *assicurare* sia la coerenza della «struttura della banca» rispetto alla «attività svolta» e al «modello di *business* adottato», sia la perdurante uniformità dell’«organizzazione aziendale» (e del sistema dei controlli interni) a quei «principi indicati nella Sezione I» del capitolo n. 3 (titolo IV, parte I, delle Disposizioni di Vigilanza), dovendo altresì «promuovere» con tempestività azioni correttive al verificarsi di (eventuali) «carenze o anomalie» (v. paragrafo n. 2, terzo alinea, sezione II, capitolo n. 3).

Sorgono quindi difficoltà interpretative, almeno ad avviso di chi scrive, nella ricostruzione delle specifiche definizioni da conferire *i.* all’«assetto complessivo di governo», *ii.* all’«assetto organizzativo e di governo societario della banca», *iii.* alla «struttura della banca» e all’«organizzazione aziendale»; tuttavia, stante la differenziazione dei compiti attuata al riguardo dal legislatore (che si riferisce a quanto *sub* 2.1., 2.2. e 2.3., mediante, rispettivamente, i verbi «definire», «approvare» e «assicurare»), può ritenersi che una piena equipollenza terminologica non vi sia, dovendosi quindi l’interprete (e, nella realtà operativa, anche tutti gli amministratori) interrogare su quali siano le attribuzioni esattamente proprie del c.d.a. quale organo con funzione di supervisione strategica per i profili in esame¹⁹⁶.

¹⁹⁵ F. GENNARI, *op. cit.*, 293/I, afferma con specifico riferimento all’espressione «assetto organizzativo» che «(...) frequentemente, nella recente legislazione, ci si imbatte in terminologie simili, per inquadrare fattispecie anche notevolmente diverse, (...)».

¹⁹⁶ In dottrina sembra ravvisare una problematica interpretativa vertente sui compiti spettanti all’organo con funzione di supervisione strategica proprio in ragione delle formule espressive utilizzate al riguardo dalla Banca d’Italia C. FRIGENI, *op. cit.*, 491, secondo cui «(...) la normativa regolamentare (in ordine

In ogni caso, nonostante tale *nebulosità*, si delineano (in contrapposizione) sia la *nitidezza* del distacco, per i profili in esame, dal modello *ex art.* 2381 c.c. in tema di compiti (di mera valutazione) del c.d.a. considerato nel suo *plenum* rispetto agli assetti societari¹⁹⁷ (comprensivi anche di quelli amministrativi che non vengono, peraltro, mai menzionati nei capitoli nn. 1 e 3 della disciplina di settore sopra esaminata), sia la mancanza di “linearità” all’interno delle stesse Disposizioni di Vigilanza (che contravvengono, con le loro statuizioni di dettaglio suindicate, alla loro clausola generale prevedente – *a monte* – proprio la coerenza di tali statuizioni – *a valle* – con la «normativa civilistica»)¹⁹⁸.

(3) Anche per l’organo con funzione di gestione sussiste la problematica della chiara individuazione dei compiti, sempre in merito agli assetti qui trattati, che sono affidati allo stesso. Si consideri infatti che su tale funzione incidono non solo le difficoltà interpretative già illustrate nei precedenti punti nn. (1) e (2), ma anche quelle derivanti dalle altre clausole dedicate espressamente alla medesima (sul tema in esame) nelle Disposizioni di Vigilanza (all’interno del capitolo n. 3, titolo IV, parte I) e secondo cui, alla detta funzione, compete:

ai suddetti compiti, n.d.r.), per quanto *in termini non sempre limpidi*, suggerisce l’esistenza di un diverso grado di coinvolgimento nelle varie materie su cui è richiesto un pronunciamento da parte dell’“organo con funzione di supervisione strategica”. Lo si evince, in particolare, dalle previsioni (...) dove vengono separatamente elencati gli aspetti in relazione ai quali è prevista l’“approvazione” di detto organo, da quelli sui quali gli viene attribuito un più incisivo potere di “definire e approvare”. Le norme in questione, quindi, non si limitano a individuare un catalogo di competenze che devono essere esercitate dall’“organo con funzione di supervisione strategica”, ma all’interno di queste enucleano un “nocciolo duro” – per lo più riconducibile all’area della valutazione dei rischi e a quella dei presidi interni per il governo e il controllo degli stessi – di cui esso è titolare in via, per così dire, “originaria” e in relazione al quale è richiesta una attività “in proprio”, che non si può limitare alla ratifica di proposte provenienti da altri organi sociali o funzioni aziendali».

¹⁹⁷ L’opinione della scrivente è in linea con le osservazioni (seppur non riferite alle attuali Disposizioni di Vigilanza, ma vevolvi a tutt’oggi) di V. CALANDRA BUONAURA, *La Corporate Governance delle banche tra autonomia e regolamentazione*, cit., 171 ss., per il quale sono attribuiti «(...) all’organo con funzione di supervisione strategica compiti in materia di adeguatezza degli assetti organizzativi e del sistema dei controlli interni che travalicano la semplice “valutazione” prevista dall’art. 2381 c.c. (...). (...) Tutti questi compiti che le Disposizioni di Vigilanza assegnano all’organo con funzione di supervisione strategica non possono formare oggetto di delega all’organo di gestione, con conseguente irrigidimento dei rapporti di competenza tra organo delegato e consiglio di amministrazione rispetto alla flessibilità sancita dall’art. 2381. Il consiglio di amministrazione viene, infatti, inderogabilmente investito di competenze decisionali che attengono all’organizzazione e alla gestione della banca e che non paiono pienamente inquadrabili all’interno di una qualificazione dell’organo collegiale quale *monitoring board*, vale a dire come titolare unicamente di una funzione di supervisione e di controllo nei termini in cui tale funzione viene definita dall’art. 2381».

¹⁹⁸ Ci si riferisce alla clausola di cui alla «Premessa» *sub* paragrafo n. 1, IX capoverso, sezione I, capitolo n. 1, titolo IV, parte I.

3.1. da un lato, di *valutare* «la complessità della struttura organizzativa» quale eventuale fattore di rischio per la banca (v. paragrafo n. 3, I capoverso, sezione II, capitolo n. 3);

3.2. dall'altro lato, di *adottare* (quale titolare della relativa responsabilità) «gli interventi necessari» per l'aderenza «dell'organizzazione e del sistema dei controlli interni» a quei «principi e requisiti» fissati nelle sezioni I e II del capitolo n. 3, titolo IV, parte I, delle Disposizioni di Vigilanza (v. paragrafo n. 3, II capoverso, sezione II, capitolo n. 3);

3.3. dall'altro lato ancora, di *predisporre e attuare* (nuovamente) «i necessari interventi» per la correzione o l'adeguamento delle «carenze o anomalie» che dovessero emergere (v. paragrafo n. 3, III capoverso, capitolo n. 3).

Dalle clausole suesposte sembra quindi deducibile l'attribuzione all'organo con funzione di gestione, rispetto agli assetti societari (ferme le problematiche di terminologia già trattate), di compiti di valutazione e garanzia, da una parte, e di intervento correttivo, dall'altra parte, ponendosi quindi per l'interprete (e, soprattutto, per “il pratico”) il problema del coordinamento (tenuto conto anche di profili di sovrapposizione) di tali compiti con quelli già esaminati per l'organo con funzione di supervisione strategica; le difficoltà indicate non sembrano nemmeno trovare soluzione invocando, come criteri di interpretazione, i principi fissati dall'art. 2381 c.c. per il riparto delle attività (sempre in ordine agli assetti societari) tra deleganti e deleganti. Infatti, la disciplina di settore in esame sembra sovvertire l'architettura portante di tale riparto, secondo cui i consiglieri non esecutivi “valutano” e (qualora il c.d.a. utilizzi lo strumento della delega) quelli esecutivi “curano” i detti assetti.

In un quadro normativo così articolato non appare dunque semplice (almeno per chi scrive) esaminare l'ultimo dei doveri rilevanti ai fini del presente elaborato, ossia quello di agire in modo informato.

Tale dovere risente infatti delle difficoltà interpretative sopra illustrate, le quali potrebbero tuttavia subire un ridimensionamento qualora si convenisse che, nell'applicazione delle Disposizioni di Vigilanza al sistema di amministrazione cd. “tradizionale”, il c.d.a. non solo è *titolare ex lege* di entrambe le funzioni di supervisione strategica e di gestione, ma anche *deve svolgere le stesse con modalità collegiale* rispetto agli assetti societari (salva la possibilità, nell'ambito del sistema

dei controlli interni, di attribuire specifiche deleghe *attuative* – come, ad esempio, per il «processo di gestione dei rischi»¹⁹⁹ – ovvero altre deleghe nei termini fissati dalla Banca d'Italia per aspetti non strettamente “macro-strutturali” – come, ad esempio, per la definizione dei «*flussi informativi interni* volti ad assicurare agli organi aziendali e alle funzioni aziendali di controllo la piena conoscenza e governabilità dei fattori di rischio e la verifica del rispetto del RAF»²⁰⁰), con conseguente ricongiungimento in capo al medesimo c.d.a. dei compiti civilistici *ex art. 2381 c.c.* in tema di ‘valutazione’ e ‘cura’ dei predetti assetti.

Secondo questa linea interpretativa – che qui si seguirà e che pone considerazioni anche in ordine all’istituto della delega consiliare, contemplato nelle Disposizioni di Vigilanza e che verrà, però, esaminato nel successivo paragrafo n. 3.2 –, il dovere di agire in modo informato implica una “diffusa” conoscenza per tutti i membri del c.d.a. in ordine all’organizzazione societaria (essendo la stessa soggetta ad obblighi di definizione, approvazione e salvaguardia di natura collegiale). Si rende a questo punto necessario appurare come, nell’ambito del consiglio di amministrazione di banche, si declinino le posizioni degli “attori” indicati nel precedente paragrafo n. 2.2, evidenziando le (eventuali) singolarità rispetto al modello codicistico.

§ 3.2 – Le peculiari caratteristiche degli “attori” nel consiglio di amministrazione di una s.p.a. bancaria

Nella disciplina di settore in esame, per quanto si può preannunciare sin d’ora, gli “attori” indicati nel capitolo n. 2 per il sistema “tradizionale” di s.p.a. (presidente del c.d.a., amministratori deleganti e amministratori delegati) presentano tratti così caratteristici da porsi in netto distacco rispetto agli “omonimi” delle comuni società azionarie.

PRESIDENTE DEL C.D.A.

¹⁹⁹ V. paragrafo n. 3, III capoverso, sezione II, capitolo n. 3, titolo IV, parte I.

²⁰⁰ V. paragrafo n. 3, III capoverso, sezione II, capitolo n. 3, titolo IV, parte I. Le Disposizioni di Vigilanza prevedono altresì (in merito, come sembra, ai «flussi interni» oggetto del paragrafo sopra citato, nonostante l’utilizzo di una fraseologia “lievemente” differente) il compito dell’organo con funzione di supervisione strategica di *approvare* – tra l’altro – «*i flussi informativi tra tali funzioni* (quelle aziendali di controllo, n.d.r.) *e tra queste e gli organi aziendali*» (v. paragrafo n. 2, I capoverso, sezione II, capitolo n. 3, titolo IV, parte I).

Le riflessioni già svolte sull'incarico presidenziale nell'ambito del modello codicistico si potenziano, con intensità, nella realtà bancaria, ove il presidente del c.d.a. rappresenta (secondo una terminologia musicale) la nota "fondamentale" nella costruzione dell'"accordo" della *governance* bancaria, rivestendo egli una posizione determinante all'interno (nel caso qui vagliato) del consiglio di amministrazione²⁰¹.

Tale assunto è sostenibile alla luce dei compiti attribuitigli dalle Disposizioni di Vigilanza nella sezione V del relativo capitolo n. 1 (compreso nel titolo IV, parte I), avente ad oggetto «Funzionamento degli organi, flussi informativi e ruolo del presidente», in cui viene valorizzata la figura presidenziale in stretta connessione con i flussi informativi, da ritenersi (questi ultimi) quale strumento di «funzionamento corretto ed efficiente» dell'organo presieduto, nonché di realizzazione degli «obiettivi di efficienza della gestione ed efficacia dei controlli» (v. «Principi generali» *sub* paragrafo n. 1.1., capoversi I e II, della sezione V)²⁰².

Previa esposizione delle clausole (contenenti le «Linee applicative» di cui al successivo paragrafo n. 1.2.) volte a disciplinare il procedimento informativo per ciascun organo sociale (da estrinsecarsi in «appositi regolamenti» di matrice operativa, aventi anche ad oggetto *i.* l'informativa documentale antecedente le riunioni, *ii.* le procedure da ottemperarsi da parte del soggetto incaricato della relativa presidenza soprattutto ai fini e nell'ambito di tali riunioni e *iii.* le informazioni oggetto di trasmissione da parte delle funzioni aziendali di controllo), vengono infatti indicate le statuizioni precipuamente dedicate al «ruolo del presidente».

Viene così precisato, a livello di «Principi generali» (*sub* paragrafo n. 2.1., sezione V, del capitolo n. 3, titolo IV, parte I), che il presidente *de quo*:

²⁰¹ Osserva F. Riganti, *op. cit.*, 107 ss., che l'ufficio in esame presenta la qualità «(...) (i) di garante equidistante, ma non indipendente, dei meccanismi di *governance* societaria, (ii) di "regista" delle dinamiche endo-consiliari ed inter-organiche e, infine, (iii) di connettore e valutatore dell'efficienza di quei flussi informativi, di cui diviene chiave di volta e primo referente».

²⁰² Secondo L. ARDIZZONE, *op. cit.*, 1322 ss., «coerentemente con la disciplina comune, l'Autorità individua (...) nell'informazione il "cardine" sul quale si regge il rapporto tra l'organo collegiale e i delegati (prospettiva intra-organica), nonché tra gli organi responsabili delle varie funzioni (prospettiva inter-organica). Il presidente ne è *garante*, a beneficio, quindi, della circolazione delle informazioni all'interno del proprio organo (eventualmente anche nell'ambito di comitati), oltre che tra gli organi della banca, assumendo, perciò, la responsabilità circa il corretto ed efficace funzionamento del governo societario "a tutto tondo", da intendersi quale responsabilità alla realizzazione dei presupposti affinché i titolari dei singoli ruoli possano svolgere i relativi compiti nel modo più efficiente».

- «(...) svolge una funzione cruciale per garantire il buon funzionamento del consiglio, favorire la dialettica interna e assicurare il bilanciamento dei poteri, *in coerenza con i compiti in tema di organizzazione dei lavori del consiglio e di circolazione delle informazioni che gli vengono attribuiti dal codice civile*» (v. I capoverso)²⁰³;
- «(...) promuove l'*effettivo funzionamento del sistema di governo societario*, garantendo l'equilibrio di poteri rispetto all'amministratore delegato e agli altri amministratori esecutivi; si pone come interlocutore dell'organo con funzione di controllo e dei comitati interni. A tal fine egli, oltre a possedere le caratteristiche richieste agli amministratori, deve avere le *specifiche competenze necessarie per adempiere ai compiti che gli sono attribuiti*» (III capoverso);
- «per svolgere efficacemente la propria funzione, (...) deve avere un ruolo *non esecutivo* e non svolgere, neppure di fatto, funzioni gestionali. (...)» (v. IV capoverso)²⁰⁴.

Le successive «Linee applicative» (oggetto del paragrafo n. 2.2.) declinano i principi di cui sopra, prevedendo che il soggetto titolare dell'incarico presidenziale:

- «(...) garantisce l'efficacia del dibattito consiliare e si adopera affinché le deliberazioni alle quali giunge il consiglio siano il risultato di un'adeguata dialettica e del contributo consapevole e ragionato di tutti i suoi componenti. A questi fini, il presidente provvede affinché: *i)* ai consiglieri sia trasmessa con congruo anticipo la documentazione a supporto delle deliberazioni del consiglio o, almeno, una prima informativa sulle materie che verranno discusse; *ii)* la documentazione a supporto delle deliberazioni, in particolare quella resa ai componenti non esecutivi, sia

²⁰³ Sembra evidente lo stretto collegamento tra tale disposizione e quella contenuta negli Orientamenti dell'ABE del 21 marzo 2018 in tema di «governance interna», prevedente che «il presidente dell'organo di amministrazione dovrebbe guidare tale ente, contribuire a un efficiente flusso di informazioni all'interno dell'organo di amministrazione e tra l'organo e i comitati dello stesso, laddove istituiti, ed essere responsabile del suo efficace funzionamento globale» (v. sezione 4, titolo II, art. 4, paragrafo n. 34).

²⁰⁴ Tale previsione «richeggia»: sia quella contenuta nella direttiva europea CRD IV, art. 88, comma 1, II capoverso, lett. e), secondo cui «il presidente dell'organo di gestione nella sua funzione di supervisione strategica dell'ente non deve esercitare simultaneamente le funzioni di *amministratore delegato* in seno allo stesso ente, a meno che non sia giustificato dall'ente e autorizzato dalle autorità competenti»; sia quella contenuta negli Orientamenti dell'ABE di cui alla precedente nota (v. sezione 4, titolo II, art. 4, paragrafo n. 36), secondo cui «in generale, il presidente dell'organo di amministrazione dovrebbe essere un membro non esecutivo».

adeguata in termini quantitativi e qualitativi rispetto alle materie iscritte all'ordine del giorno» (v. lett. a)²⁰⁵;

- «nella predisposizione dell'ordine del giorno e nella conduzione del dibattito consiliare (...) assicura che siano trattate con priorità le questioni a rilevanza strategica, garantendo che ad esse sia dedicato tutto il tempo necessario» (v. lett. b)²⁰⁶;

- «promuove» riunioni anche *extra* consiliari (nei casi di «banche di maggiori dimensioni o complessità operativa»), da tenersi una o due volte all'anno, «per approfondire e confrontarsi sulle questioni strategiche», incentivando la presenza di tutti i consiglieri (v. lett. c);

- assicura la predisposizione e l'attuazione di piani di formazione per i «componenti degli organi» (v. lett. d);

- «(...) favorisce in modo neutrale la dialettica tra componenti esecutivi e non esecutivi e sollecita la partecipazione attiva dei componenti non esecutivi ai lavori del consiglio. Non può essere membro del comitato esecutivo; se utile per assicurare un efficace raccordo informativo tra la funzione di supervisione strategica e quella di gestione, può partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni del comitato esecutivo»²⁰⁷.

Rispetto al modello codicistico, connotato da prescrizioni generali, vengono dettagliati gli adempimenti per il corretto esercizio dei poteri di promozione, coordinamento e direzione delle riunioni consiliari fissati nel suddetto modello al fine dell'efficace ed efficiente assolvimento dei doveri presidenziali rispetto a tali riunioni; tuttavia, in dissonanza con questo modello, viene richiesta la mancata attribuzione di funzioni esecutive al presidente (nel “nostro” caso) del consiglio di

²⁰⁵ Cfr. sul tema gli Orientamenti dell'ABE prima indicati, per i quali «il presidente dovrebbe garantire che le decisioni dell'organo di amministrazione siano prese su basi solide e ben informate e che i documenti e le informazioni siano ricevuti con sufficiente anticipo rispetto alla riunione» (cfr. sezione 4, titolo II, art. 4, paragrafo n. 37, parte seconda).

²⁰⁶ Anche con riferimento a tali, specifici, compiti presidenziali rilevano gli Orientamenti dell'ABE già indicati, disponendo infatti gli stessi (cfr. sezione 4, titolo II, art. 4, paragrafo n. 37, parte prima), che «il presidente dovrebbe stabilire gli ordini del giorno delle riunioni e garantire che le questioni strategiche siano discusse in via prioritaria».

²⁰⁷ Secondo L. ARDIZZONE, *op. cit.*, 1330, «(...) il presidente di una banca in quanto *regista* non può essere al contempo *attore*». Tuttavia, ad avviso di R. LENER, *op. cit.*, 116, la mancata possibilità per il presidente di «(...) far parte del comitato esecutivo (...)» costituisce però «(...) un vincolo (...) che fa del presidente una sorta di *arbitro* dell'attività consiliare, ciò che però non appare necessario in tutte le realtà aziendali, soprattutto in quelle di minore dimensione».

amministrazione, con l'impossibilità per lo stesso di esprimere il proprio voto nel caso di sua partecipazione al comitato esecutivo.

Quest'ultima limitazione corrobora le caratteristiche della neutralità e dell'imparzialità che connotano l'incarico presidenziale²⁰⁸, che, proprio per la sua posizione apicale in un settore così "sensibile" come quello bancario, è il principale garante della correttezza e della funzionalità del procedimento deliberativo del c.d.a.²⁰⁹.

Con precipuo riferimento a tale procedimento e alla necessità che i componenti dell'organo amministrativo vi prendano parte consapevolmente, sembrano potersi confermare i poteri ispettivi individuali del presidente di tale organo già evidenziati nel precedente paragrafo n. 2.2 in tema di s.p.a. comuni²¹⁰; sembra invece doversi circoscrivere l'incisività del detto presidente quale "forza gravitazionale" tra i due "vasi comunicanti" degli amministratori deleganti e degli amministratori delegati con riferimento agli assetti societari. Il contenimento, in questi termini, del ruolo presidenziale per l'equilibrio tra le due "anime" del c.d.a. (rispetto allo specifico tema in esame) risente infatti delle considerazioni articolate nel paragrafo n. 3.1 di questo scritto in ordine ai detti assetti, dovendosi conseguentemente valorizzare (per tale, analitico, profilo) la figura del presidente rispetto al consiglio di amministrazione nel suo *plenum* (e non, invece, nella sua articolazione mediante deleghe).

Un'ultima annotazione in merito ai compiti presidenziali sembra meritevole di segnalazione, e ciò anche al fine di rinnovare l'evidenza delle difficoltà per l'interprete (e il "pratico") di coordinare tra loro le singole clausole delle

²⁰⁸ *Contra*, in dottrina, A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Rivista ODC*, 2017, 24, per il quale «in via generale, la ricostruzione del presidente come "regista" della *governance* societaria ed interna non sembra dovere sfociare in una necessaria posizione di vera e propria "terzietà". Come avviene nel diritto comune, il presidente non assume pertanto doveri di neutralità ed imparzialità rispetto alle dinamiche societarie, e può legittimamente interferire nel processo decisionale dell'organo di supervisione, formulando proposte ed utilizzando appieno il proprio ruolo (...) per influenzare nel merito le decisioni».

²⁰⁹ Afferma L. ARDIZZONE, *op. cit.*, 1342, che «equidistanza, terzietà e non esecutività sono, dunque, tratti necessari della figura del presidente di una banca, (...)».

²¹⁰ Secondo U. TOMBARI, *Relazione introduttiva* (alla seconda sessione del convegno di Courmayeur, 22-23 settembre 2017), in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *op. cit.*, 83, proprio per garantire l'adempimento, da parte del presidente, dei compiti spettantigli, si deve riconoscere allo stesso il potere di «accedere alla struttura aziendale». Il detto Autore afferma quindi, *ivi*, 83, in un'ottica ricognitiva delle proprie osservazioni che «in conclusione, il presidente è l'unica figura (oltre naturalmente all'amministratore delegato) che ha accesso anche individualmente alla struttura (e ciò in quanto non sarebbe altrimenti in grado di adempiere ai propri compiti)».

Disposizioni di Vigilanza in merito alla tematica di volta in volta presa in esame. Si consideri al riguardo che:

→ ai sensi del paragrafo n. 1.2., I capoverso, lett. a), sezione V, capitolo n. 1 (del titolo IV, parte I), nonché del paragrafo n. 2.2., lett. c), della predetta sezione V, è il presidente che predispone l'ordine del giorno delle riunioni del c.d.a.;

→ ai sensi, invece, del paragrafo n. 2.2., lett. f), sezione III, capitolo n. 1 (del titolo IV, parte I), può essere conferita anche in via ordinaria una delega per la «proposta di deliberare consiliari».

Sorge, *ex se*, la problematicità dell'operatività congiunta di queste disposizioni, laddove le prime conferiscono (seppur indirettamente) il potere di individuare le proposte delle decisioni del c.d.a. al presidente di tale organo (che, se investito – come anche *ex art.* 2381, comma 1, c.c. – dell'obbligo di formare l'ordine del giorno delle riunioni consiliari, evidentemente è investito anche del potere di formulare le relative proposte deliberative), mentre la seconda legittima l'attribuzione «in via ordinaria» di tale potere a uno o più consiglieri all'uopo delegati ovvero al comitato esecutivo. Non si dubita che ciascun membro del consiglio di amministrazione possa assumere, *propria sponte*, una simile iniziativa qualora ne ravvisi la necessità (e, quindi, in via – che si potrebbe definire – “*straordinaria*”), ma si dubita che sia legittima una clausola (come quella suesposta) che conferisca l'*ordinario* esercizio di tale potere a predeterminati consiglieri (nella loro veste di soggetti titolari di apposita delega), con conseguente esautorazione (di fatto) del presidente del c.d.a. dall'esercizio di uno dei suoi compiti fondamentali.

AMMINISTRATORI DELEGANTI E AMMINISTRATORI DELEGATI DI BANCHE

Le Disposizioni di Vigilanza, nella sezione III del capitolo n. 1 (titolo IV, parte I), non solo contemplano l'istituto della delega quale strumento di articolazione dei compiti degli organi con funzioni di supervisione strategica e di gestione, ma sembrano altresì richiedere il suo utilizzo (salvo che per le «banche di minori dimensioni») qualora entrambe le funzioni siano attribuite al medesimo organo per consentire «(...) una più puntuale articolazione dei *momenti* (di supervisione strategica e gestionali) attraverso i quali l'organo medesimo esercita le proprie competenze» (v. «Principi generali» *sub* paragrafo n. 2.1., capoversi II e III).

Le Disposizioni in esame forniscono altresì indicazioni di contenuto delle deleghe conferibili, che connotano queste ultime di tratti anche differenti rispetto al modello

ex art. 2381 c.c.²¹¹. Più precisamente, nelle «Linee applicative» di cui al paragrafo n. 2.2. (sezione III, capitolo n. 1, titolo IV, parte I):

i. viene previsto con riferimento all'organo titolare della funzione di gestione (dovendosi tuttavia, ad avviso di chi scrive, estendere tali previsioni – per via analogica – anche all'organo con funzione di supervisione strategica) che «il contenuto delle deleghe (...) deve essere determinato in modo *analitico* ed essere caratterizzato da *chiarezza e precisione*, anche nell'indicazione dei limiti quantitativi o di valore e delle eventuali modalità di esercizio; ciò, anche al fine di consentire all'organo collegiale l'esatta verifica del loro corretto adempimento nonché l'esercizio dei propri poteri di direttiva e di avocazione» (v. lett. d);

ii. viene disposto che «oltre alle attribuzioni non delegabili per legge, spettano all'organo con funzione di supervisione strategica e non possono formare oggetto di delega: *i)* tutti i compiti che questo organo svolge ai sensi della precedente linea applicativa *b)*²¹² e del Tit. IV, Cap. 3, Sez. II, par. 2²¹³; *ii)* la nomina e la revoca del direttore generale; *iii)* l'assunzione e la cessione di partecipazioni strategiche; *iv)*

²¹¹ Il distacco della disciplina bancaria, in tema di deleghe, dal sistema codicistico è stato ben evidenziato anche in dottrina (con considerazioni che, benché non riferite all'attuale versione delle Disposizioni di Vigilanza, sono tuttavia valevoli anche ad oggi). Si segnala al riguardo che secondo G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, cit., 54 ss., «(...) una lettura delle *Linee applicative* (Parte prima, tit. IV, Cap. I - Sez. III, n.2.2., lett. d. ed e.) permette di constatare che molte ed incisive sono le deroghe apportate a quello che possiamo chiamare lo statuto codicistico del consiglio di amministrazione e, al suo interno, delle deleghe disegnato nell'art. 2381 c.c. (...). È stato acutamente notato (da C. FRIGENI, *op. cit.*, 491, n.d.r.) che al fondo di tutto questo vi è "l'idea – largamente sottesa ai principi elaborati a livello internazionale e accolta nelle disposizioni della CRD IV – che la definizione delle strategie di impresa, richiedendo necessariamente una attenta valutazione della effettiva sostenibilità dei rischi che si vogliono assumere e una struttura interna adeguata a misurarli e monitorarli, deve essere valutata e deliberata in sede collegiale, con il contributo di soggetti non direttamente coinvolti nella gestione operativa dell'ente" (...). Senza dubbio la considerazione è da condividere». V. anche, sempre sul tema in esame, V. CALANDRA BUONAURO, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, cit., 8, per il quale «la deroga all'art. 2381 c.c. (...) modifica sensibilmente i rapporti tra organo delegato e consiglio come delineati dalla norma codicistica investendo l'organo collegiale di compiti decisionali che hanno una notevole incidenza sull'organizzazione e sulla gestione della banca».

²¹² Tale clausola così statuisce: «L'organo con funzione di supervisione strategica *definisce l'assetto complessivo di governo e approva l'assetto organizzativo della banca*, ne verifica la corretta attuazione e promuove tempestivamente le misure correttive a fronte di eventuali lacune o inadeguatezze. In aggiunta a quanto previsto dalla lettera a), l'organo è chiamato in particolare a: *i) approvare l'assetto organizzativo e di governo societario della banca*, garantendo la chiara distinzione di compiti e funzioni nonché la prevenzione dei conflitti di interesse; *ii)* approvare i sistemi contabili e di rendicontazione (*reporting*); *iii)* supervisionare il processo di informazione al pubblico e di comunicazione della banca; *iv)* assicurare un efficace confronto dialettico con la funzione di gestione e con i responsabili delle principali funzioni aziendali e verificare nel tempo le scelte e le decisioni da questi assunte».

²¹³ La disciplina richiamata individua i compiti spettanti all'organo con funzione di supervisione strategica nell'ambito del sistema dei controlli interni (di cui sono già stati evidenziati i tratti rilevanti ai fini del presente elaborato nel precedente paragrafo n. 3.1).

l'approvazione e la modifica dei principali regolamenti interni; v) l'eventuale costituzione di comitati interni agli organi aziendali; vi) la nomina e la revoca dei responsabili delle funzioni di revisione interna, di conformità e di controllo dei rischi. (...). Al contempo, il sistema delle deleghe deve essere idoneo ad assicurare che l'organo con funzione di supervisione strategica non sia investito di questioni che – per il loro contenuto o rilevanza non strategica – possono più efficacemente essere affrontate dall'organo con funzione di gestione o dalle strutture aziendali» (v. lett. e);

iii. viene statuito (come già evidenziato, in via problematica, nel precedente paragrafo n. 3.1, a cui si rinvia per l'aspetto *de quo*) che la delega può avere ad oggetto anche l'attribuzione del «potere di proposta delle delibere consiliari» (che può essere «(...) assegnato in via ordinaria a uno o più esponenti oppure al comitato esecutivo», dovendosi però garantire, in tale ipotesi, «(...) la facoltà in capo anche ad altri consiglieri di formulare proposte, (...)» (v. lett. f);

iv. viene precisato che la possibile compresenza «(...) di un comitato esecutivo e di un amministratore delegato, o quella di più amministratori delegati, si giustifica nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa e richiede una ripartizione chiara delle competenze e delle responsabilità. Nelle banche di minore complessità va evitata la nomina di un amministratore delegato e di un direttore generale; (...)» (v. lett. g).

Sembra evidente che le clausole riportate ai precedenti punti nn. ii. e iv. (essendo invece quelle oggetto degli altri punti nn. i. e iii. già state accompagnate da riflessioni interpretative in contiguità alla loro citazione) dettano limiti all'attribuzione delle deleghe in termini più ampi di quelli disposti dall'art. 2381 c.c., affermando:

→ sia l'indelegabilità di numerose attribuzioni dell'organo con funzione di supervisione strategica, con «rafforzamento delle prerogative collegiali»²¹⁴ e con conseguente conferma (come sembra) delle osservazioni svolte dalla scrivente nell'ambito del precedente paragrafo n. 3.1 in ordine alla *necessaria composizione plenaria* del consiglio di amministrazione per le decisioni di definizione, approvazione e salvaguardia degli assetti societari;

²¹⁴ Così C. FRIGENI, *op. cit.*, 493, e M. IRRERA, M. SPIOTTA, M. CAVANNA, *op. cit.*, 226 (il cui pensiero trascritto dalla scrivente, pur non avendo ad oggetto le attuali Disposizioni di Vigilanza, è valevole anche ad oggi).

→ sia individuando lo specifico (e ridotto) perimetro dell'(eventuale) istituzione di più organi delegati.

Certamente, la peculiare operatività del c.d.a. (come *plenum*) considerata rispetto al tema dei suddetti assetti (ferma la possibilità del conferimento di deleghe nei termini già illustrati nel precedente paragrafo n. 3.1), connotata da caratteri così tipici rispetto alla disciplina comune da porsi in netta separatezza dalla stessa²¹⁵, sembra influire anche sulle modalità di esercizio del dovere di agire in modo informato da parte dei consiglieri di amministrazione, ai quali non sono dunque pedissequamente estendibili le osservazioni svolte nel capitolo n. 2 di questo elaborato in merito alle modalità acquisitive delle informazioni aziendali all'interno delle comuni società azionarie.

Viene in evidenza, al riguardo, anche la clausola contenuta nel paragrafo n. 2.2., lett. a.1., sezione IV, capitolo n. 1 (titolo IV, parte I) delle Disposizioni di Vigilanza (secondo cui «i componenti non esecutivi devono: 1. acquisire, avvalendosi dei *comitati interni, ove presenti*, informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale, dal *management*, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo»), da cui emerge la possibilità per i membri del consiglio di amministrazione privi di deleghe di accedere, attraverso *comitati interni*, a dati e informazioni dell'impresa bancaria (con ripristino tuttavia, in assenza di tali comitati, delle modalità acquisitive delle informazioni aziendali nella sola sede consiliare, non configurandosi un autonomo potere di indagine in capo agli amministratori deleganti)²¹⁶.

²¹⁵ Sempre C. FRIGENI, *op. cit.*, 494, constata come nelle Disposizioni di Vigilanza, con riguardo agli assetti societari, si riscontri «(...) un'espansione del consiglio di amministrazione» oltre il ruolo assegnatogli dall'art. 2381 c.c. (e tali considerazioni, pur inerendo ad una versione precedente delle suddette Disposizioni, si presentano valide anche ad oggi).

²¹⁶ Secondo F. RIGANTI, *op. cit.*, 94, nel caso in cui non venissero istituiti comitati interni nell'organo amministrativo, una «ridia interpretazione letterale del testo» potrebbe condurre a ritenere possibile l'attribuzione ai consiglieri deleganti «di poteri ispettivi diretti». La scrivente, tuttavia, non condivide tale assunto perché, al ricorrere del suddetto caso, si dovrebbe circoscrivere alle riunioni del c.d.a. il momento conoscitivo dei dati aziendali. Sembra essere stata assunta in dottrina una posizione in linea con quest'ultima tesi da U. TOMBARI, *op. cit.*, 82 ss., il quale si occupa «(...) della nota questione concernente il riconoscimento del potere in capo a questi (ossia, agli amministratori non esecutivi, n.d.r.) di rivolgersi direttamente al personale (e, quindi, anche ai dirigenti) della società al fine di ottenere determinate informazioni. Nell'ambito del diritto societario comune, l'opinione assolutamente dominante si pone in senso negativo rispetto a tale quesito, sostenendo che gli amministratori non esecutivi possono chiedere informazioni solo in seno al *plenum* consiliare. Merita, dunque, verificare se tale questione trovi una diversa soluzione con riguardo alle società bancarie. Secondo alcuni, al quesito bisognerebbe rispondere positivamente in ragione della disciplina posta dalle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, nei limiti in cui la medesima fa riferimento ad un dovere degli

Il ruolo dei comitati endo-consiliari era già stato illustrato nel precedente paragrafo n. 2.2 alla luce del recente Codice di *Corporate Governance*, che ne raccomandava l'istituzione all'interno del consiglio di amministrazione; le Disposizioni di Vigilanza prevedono tuttavia specificatamente al riguardo (nel relativo paragrafo n. 2.3.1, lett. a., sezione IV, capitolo n. 1, titolo IV, parte I) che siano *necessariamente* istituiti «nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa» tre comitati all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica «in tema di “nomine”, “rischi”²¹⁷, “remunerazioni”», svolgenti i compiti dettagliati nei successivi paragrafi n. 2.3.2., 2.3.3. e 2.3.4., nonché caratterizzati anche dalla chiara definizione della «composizione», del «mandato», dei «poteri (consultivi, istruttori, propositivi)», delle «risorse disponibili» e dei «regolamenti interni».

Le stesse Disposizioni precisano altresì, secondo uno schema di intensità decrescente, che nelle «banche intermedie» debba essere istituito il solo “comitato rischi” e che nelle «banche di minori dimensioni o complessità operativa» (o comunque per tutte le banche ove trattasi di comitati diversi quelli sopra indicati) l'eventuale costituzione dei comitati avvenga in ragione di «concrete esigenze» (v. paragrafo n. 2.3.1, lett. b. e c., sezione IV, capitolo n. 1, titolo IV, parte I).

Nonostante la (eventuale) presenza dei comitati endo-consiliari, la disciplina bancaria prevede espressamente che non intervenga alcuna «limitazione dei poteri

amministratori non esecutivi di accedere alla struttura mediante i comitati, ove presenti (...). (...) si tratta di verificare come una problematica tipica del diritto societario generale venga disciplinata nell'ambito del diritto societario (speciale) delle banche. La soluzione preferibile, tuttavia, è differente da quella appena esposta: a mio parere, *gli amministratori non esecutivi (anche) delle società bancarie possono e devono rivolgersi alla struttura tramite i comitati (e non per mezzo del consiglio di amministrazione) soltanto ove questi siano stati costituiti*. (...). In questo caso, dunque, il diritto societario delle banche non si discosta per soluzioni dal diritto societario generale». Può ritenersi tuttavia operante anche nell'ambito bancario il principio (già ritenuto valevole nella realtà delle comuni società azionarie nel precedente paragrafo n. 2.2.) secondo cui ciascun amministratore non esecutivo è impossibilitato a svolgere un potere ispettivo individuale per l'accesso diretto alle informazioni aziendali.

²¹⁷ Con riferimento al “comitato rischi” (a cui è dedicato l'omonimo paragrafo n. 2.3.3.) sembra opportuno segnalare che lo stesso, tra i compiti affidatigli, «esprime valutazioni e formula pareri all'organo (il consiglio di amministrazione, nel “nostro” caso, n.d.r.l.) sul rispetto dei principi cui devono essere uniformati il *sistema dei controlli interni* e l'*organizzazione aziendale* e dei requisiti che devono essere rispettati dalle funzioni aziendali di controllo, portando all'attenzione dell'organo gli eventuali punti di debolezza e le conseguenti azioni correttive da promuovere; a tal fine valuta le proposte dell'organo con funzione di gestione», disponendo anche della possibilità, per l'adempimento delle sue funzioni, di scambiare informazioni con l'organo con funzione di controllo (il collegio sindacale nel sistema cd. “tradizionale” qui esaminato).

decisionali e della responsabilità degli organi aziendali al cui interno sono costituiti» (v. paragrafo n. 2.3.1., lett. a.1., capitolo n. 1, titolo IV, parte I)²¹⁸.

La presenza dei suddetti comitati e il ruolo agli stessi affidato costituiscono ulteriore conferma della natura speciale della disciplina bancaria rispetto alla normativa comune (che nemmeno contempla la possibile istituzione di simili comitati), con conseguente affievolimento della portata delle clausole contenute nelle Disposizioni di Vigilanza secondo cui (per i profili di *governance* considerati nel presente elaborato) le relative statuizioni si porrebbero *in coerenza con le previsioni civilistiche*. Ci si riferisce a tal riguardo, più precisamente a:

- la clausola di cui alla «Premessa» *sub* paragrafo n. 1, IX capoverso, sezione I, capitolo n. 1 (titolo IV, parte I), che è già stata (più volte) menzionata nel precedente paragrafo n. 3.1.;

- la clausola di cui ai «Principi generali» *sub* paragrafo n. 1.1., sezione V, capitolo n. 1, ove le esigenze degli organi sociali di disporre di «flussi informativi adeguati e in tempi coerenti con la rilevanza e la complessità delle decisioni da assumere» (anche per la necessità, lì indicata, della «piena valorizzazione dei *diversi livelli di responsabilità all'interno dell'organizzazione aziendale*») vengono apostrofate come «(...) *coerenti con le previsioni civilistiche* in tema di: competenza esclusiva degli amministratori per la gestione aziendale; dovere di “agire in modo informato”; informativa periodica al consiglio da parte degli organi delegati; diritto degli amministratori di avere dagli organi delegati informazioni sulla gestione della società».

Come già evidenziato, il rapporto tra consiglieri deleganti e consiglieri delegati di banca si articola in modo così difforme, sul piano degli assetti societari, in relazione all'impianto codicistico, da non potersi invocare (almeno ad avviso di chi scrive) una “linearità” delle Disposizioni di Vigilanza rispetto a tale impianto, subendo dunque i generali doveri, per gli amministratori di s.p.a., di “valutare”/“curare” i detti assetti

²¹⁸ Secondo V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in P. BENAZZO, M. CERA, S. PATRIARCA, *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, UTET, 2011, 690 ss., tale previsione solleva però *problematicità* per il possesso, da parte dei comitati interni, di informazioni maggiori rispetto a quelle (di sintesi) a disposizioni del c.d.a. (per l'assunzione delle relative decisioni), che sono tuttavia *risolvibili* (sempre secondo la dottrina in esame), in favore della minor responsabilità dei consiglieri esterni al comitato (nell'ambito del sistema tradizionale o monistico), «(...) valorizzando il disposto dell'art. 2392, comma 1°, c.c., che prevede tale attenuazione e il venir meno del vincolo di solidarietà in presenza di “funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori».

e di agire in modo informato (da adempiersi con diligenza) una declinazione del tutto peculiare nella normativa bancaria.

Può quindi porsi l'ultima questione (che sembra) rilevante per i temi sopra trattati, che consente di riprendere profili avanzati nel precedente capitolo n. 1, di cui era stato tuttavia riservato il maggior approfondimento nel prosieguo. Trattasi di verificare se, e in che termini, la disciplina di settore abbia attuato ed eventualmente anche implementato la direttiva CRD IV in tema di governo societario per gli aspetti sopra considerati. L'indagine è necessaria per appurare in ultima analisi se, alla luce degli artt. 41 e 47 Cost., vi sia stata (eventualmente) una compressione (legittima o meno) della libertà dell'«imprenditore» bancario ²¹⁹ nel realizzare la propria organizzazione aziendale.

Ciò posto, la direttiva in esame presenta «*a monte*» una diversità strutturale in tema di *governance* bancaria, laddove nella medesima (nel relativo «considerando» n. 56) viene concepito un *unico* «organo di gestione» titolare di entrambe le funzioni esecutive e di supervisione strategica, mentre invece nelle Disposizioni di Vigilanza tali funzioni sono concepite come destinate a *due* organi diversi tra loro (quello, appunto, con funzione di gestione e quello, invece, con funzione di supervisione strategica).

Alla luce di tale diversità, che necessariamente comporta differenze strutturali anche «*a valle*» tra la stessa direttiva e le Disposizioni di Vigilanza (le sue statuizioni di maggior dettaglio e implementazione – delle prescrizioni europee – sembrano tuttavia giustificabili sulla base del «considerando» n. 54 contenuto nella prima²²⁰, nonostante siano stati avanzati dubbi al riguardo dalla dottrina²²¹), si deve

²¹⁹ Valorizza il carattere imprenditoriale della banca M. STELLA RICHTER JR, *op. cit.*, 327, laddove afferma che: «(i) L'attività bancaria è oggi necessariamente attività di impresa (commerciale): essa dunque è, per un verso, attività economica (...) e, per altro verso, attività preordinata, almeno astrattamente, al perseguimento di finalità lucrative (...). (ii) La banca è impresa organizzata, del pari necessariamente, in forma di società azionaria (...). (iii) La banca è impresa privata, non solo perché (...) è imposto il ricorso a forme organizzative proprie del diritto privato, con preclusione quindi di costituire banche in forma di enti pubblici, ma anche perché come linea politica interna i pubblici poteri sono usciti dalle banche (...). (iv) Infine, la banca è una impresa che deve operare in un mercato concorrenziale (...)».

²²⁰ In questo «considerando» è (anche) previsto che «gli stati membri dovrebbero essere in grado di imporre ulteriori principi e norme di governo societario oltre a quelli prescritti dalla presente direttiva». Proprio in ragione di tale «considerando» A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *op. cit.*, 19 ss., afferma che la direttiva in esame è annoverabile tra quelle di «armonizzazione minima».

²²¹ Osserva a tal proposito C. FRIGENI, *op. cit.*, 487, che «benché sia stato avanzato qualche dubbio sulla effettiva titolarità in capo a Banca d'Italia del potere di procedere direttamente all'implementazione

evidenziare come nell'art. 88 della disciplina comunitaria in esame, propriamente dedicato ai «Dispositivi di governance»:

i. l'organo di gestione venga indicato (nel relativo paragrafo n. 1, I capoverso) quale titolare dei compiti di *definire* «*dispositivi di governance* che assicurino un'efficace e prudente gestione dell'ente», nonché di *sorvegliarne* l'attuazione con assunzione della relativa responsabilità (considerando come «*ne risponda*»)²²²;

ii. sia richiesta (nel II capoverso del suddetto paragrafo n. 1) la conformità di tali dispositivi (anche) ai seguenti principi: «l'organo di gestione deve avere la responsabilità generale dell'ente e *approvare* e *sorvegliare l'attuazione* degli obiettivi strategici, della strategia in materia di rischi e *della governance interna dell'ente*» (v. lett. a)²²³; «l'organo di gestione deve garantire l'integrità dei sistemi di contabilità e di rendicontazione finanziaria, compresi i controlli finanziari e operativi e l'osservanza delle disposizioni legislative e delle norme pertinenti» (v. lett. b).

L'art. 88 di cui sopra, infine, secondo le finalità sottese al presente elaborato, prevede (nel paragrafo n. 2, I capoverso) che l'organo di gestione debba *monitorare* e *valutare* con periodicità «l'efficacia dei dispositivi di governance dell'ente», ponendo rimedio con le opportune azioni alle eventuali carenze riscontrate²²⁴.

delle norme europee contenute della CRD IV in difetto di un esplicito mandato legislativo (...) non sembra si possa seriamente mettere in discussione che la loro legittimazione trovi fondamento nella normativa europea, con il risultato che, quanto meno in relazione agli aspetti oggetto di specifica regolamentazione a livello di direttiva, essi vanno considerati attuazione della stessa».

²²² Tale ruolo dell'organo di gestione viene confermato negli «Orientamenti sulla governance interna» dell'ABE del 21 marzo 2018, in cui viene esplicitato (v. sezione 4, titolo II, art. 1, paragrafo n. 20) che «conformemente all'articolo 88, paragrafo 1, della direttiva 2013/36/UE, l'organo di amministrazione (equivalente all'organo di gestione nella direttiva CRD IV, n.d.r.) deve avere la definitiva e generale responsabilità dell'ente e *definisce, sorveglia e risponde dell'attuazione dei dispositivi di governance all'interno dell'ente*, garantendo una gestione efficace e prudente dello stesso». Tali Orientamenti si fondano sul principio (di cui alla sezione 2, paragrafo n. 7) della sussistenza di un unico organo per gli enti creditizi (il consiglio di amministrazione), a cui sono attribuite le due funzioni di gestione (di natura esecutiva) e di supervisione strategica (di natura non esecutiva).

²²³ In linea con tale previsione si pone l'ulteriore clausola contenuta negli Orientamenti dell'ABE di cui alla nota che precede (v. sezione 4, titolo II, art. 1, paragrafo n. 23, lett. c), nella quale viene specificato che «la responsabilità dell'organo di amministrazione dovrebbe includere la *definizione, l'approvazione* e la *sorveglianza dell'attuazione* di quanto segue: (...); c. una *governance interna adeguata ed efficace* e un *quadro di controllo interno* che includa una chiara struttura organizzativa e una gestione dei rischi interna indipendente ed efficiente, funzioni di conformità e audit che dispongano nella misura necessaria di autorità, peso e risorse per svolgere le loro funzioni».

²²⁴ Tale principio trova il proprio «riflesso» nella disposizione contenuta negli Orientamenti dell'ABE citati nelle due note che precedono (v. sezione 4, titolo II, art. 1, paragrafo n. 27), che stabilisce quanto segue: «L'organo di amministrazione dovrebbe *monitorare, riesaminare periodicamente e risolvere eventuali carenze individuate nell'ambito dell'attuazione dei processi, delle strategie e delle politiche relative alle responsabilità di cui ai paragrafi 23 e 24*. Il quadro di governance interna e la relativa attuazione dovrebbero essere rivisti e aggiornati su base periodica, sulla base del principio di

Da quanto esposto pare deducibile che, nel diritto europeo, l'organo di gestione sia concepito come "ideatore" (prima) e "controllore" (poi) degli assetti societari, con conseguente coerenza in tal senso, da parte del legislatore bancario italiano (nonostante il suo disallineamento – nella "trasposizione" nell'ordinamento nazionale – dall'impostazione "organica" insita nella direttiva CRD IV), delle clausole al riguardo previste nelle Disposizioni di Vigilanza sull'espletamento in forma collegiale di tali ruoli da parte (nel "nostro" caso) del c.d.a.

L'attribuzione all'intero organo di gestione, nell'ambito della normativa comunitaria, dell'esercizio (collegiale) dei compiti per la definizione, valutazione e salvaguardia degli assetti societari, nonché la "nazionalizzazione" – a livello domestico – di tale attribuzione (con riferimento al consiglio di amministrazione nel sistema cd. "tradizionale"), impongono di verificare (al fine di rendere riscontro ai quesiti posti nel precedente paragrafo n. 1.4) se la frattura così creata rispetto all'impianto codicistico *ex art. 2381 c.c.* possa considerarsi legittima o meno alla luce degli artt. 41 e 47 Cost., data la compressione della libertà dell'"imprenditore" bancario nello strutturare la propria *governance*²²⁵.

La risposta che si intende fornire è di segno affermativo, ritenendosi possibile e ammissibile che nella disciplina delle banche (legittimata dall'art. 53, comma 1, lett. d, T.U.B.), anche con clausole di maggior dettaglio (nel "solco") delle prescrizioni europee, vi sia una differente modulazione dell'operatività del consiglio di amministrazione rispetto al modello proprio delle società per azioni comuni. Tale posizione incardina le proprie fondamenta in ragioni giuspubblistiche (da un lato) e meramente civilistiche (dall'altro lato).

In ragione delle prime, sovengono *ex art. 47 Cost.* sia la protezione da accordarsi al consumatore/risparmiatore/"piccolo" investitore (con garanzia in suo favore dell'accesso ai beni sociali di primaria rilevanza al fine – ultimo – della protezione e piena attuazione della dignità umana), sia i peculiari interessi sottesi all'esercizio delle "sensibili" attività (del risparmio e del credito) praticate dalle banche,

proporzionalità, come chiarito ulteriormente al titolo I. Qualora l'ente risenta di eventuali modifiche sostanziali, dovrebbe essere svolta una revisione dettagliata».

²²⁵ M. STELLA RICHTER JR, *op. cit.*, 334, esprime «(...) la sensazione di fondo di una accentuata compressione dell'autonomia di impresa, cioè della possibilità di organizzare la stessa anche sotto il particolare angolo visuale della organizzazione dei sistemi di controllo (da ritenersi integrati negli assetti, n.d.r.). Compressione che se si spiega alla luce degli interessi generali coinvolti, deve comunque fare i conti (...) in termini di coerenza e tenuta del sistema con la scelta, altrettanto netta e connotante, di avere solo banche private, (...)».

identificabili (sulla base dell'art. 5, comma 1, T.U.B.) nella «sana e prudente gestione» delle banche e nella «stabilità complessiva», «efficienza» e «competitività» del sistema finanziario, che valgono anche quali «fini sociali» (pur nell'incerta definizione di questi ultimi)²²⁶ ex art. 41 Cost. e dunque quali criteri orientativi dell'iniziativa legislativa nell'apposizione di limiti all'autonomia delle banche stesse.

In ragione delle seconde, acquisisce invece rilevanza l'inciso contenuto nell'art. 2381, comma 2, c.c., in base al quale l'utilizzo dello strumento delle deleghe consiliari è consentito al ricorrere di due condizioni: «se lo statuto o l'assemblea lo consentono» (*ex ante*) e se il c.d.a. intende avvalersene (*ex post*); tale espressione, che ancora alla volontà dei soci, prima, e degli amministratori collegialmente intesi, poi, il riparto (mediante l'istituto della delega) dei compiti e poteri spettanti al c.d.a. in ordine agli assetti societari, rende evidente come il modello deleganti/delegati rispetto agli assetti in esame non debba necessariamente essere attuato. Tale modello (peraltro espressivo di una deroga al principio della collegialità consiliare) è soggetto infatti all'esercizio di due facoltà, da coordinarsi tra loro, da parte dei soci (l'una) e dei consiglieri d'amministrazione (l'altra), la cui esclusione, in un'ottica valorizzante gli interessi e i fini di cui sopra, non sembra essere in contrasto con la Costituzione. Deve considerarsi, infine, che lo stesso legislatore civilistico, con l'art. 2381, comma 4, c.c., prevedendo l'indelegabilità delle materie lì indicate, sembra avvalorare la possibilità che per via statutaria (e, a maggior ragione, *ex lege*) possa essere implementato l'elenco di tali materie, perché, come già precisato, «(...) il principio informatore è quello che vede l'intero consiglio di amministrazione responsabile della gestione dell'impresa, sì che la “delega” ben può essere considerata un'eccezione a tale regola»²²⁷.

Tuttavia, sul diverso piano dell'*opportunità* (non ravvisandosi, come già rilevato, elementi di *incostituzionalità*), chi scrive ritiene auspicabile un “avvicinamento” delle Disposizioni di Vigilanza all'impianto codicistico in esame al fine di rendere più efficiente l'azione amministrativa (che, evidentemente, ove non vincolata alla collegialità, beneficerebbe di maggior tempestività e minor burocratizzazione), nonché di sollevare gli amministratori delle banche dalle gravose responsabilità

²²⁶ V. F. PEDRINI, *Le “clausole generali”*. *Profili teorici e aspetti costituzionali*, op. cit., 316 ss.

²²⁷ Così U. DE CRESCIENZO, *La gestione*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (opera diretta da), *Le nuove s.p.a.*, Zanichelli, Torino, 2010, 792.

necessariamente, ad oggi, incombenti sugli stessi per i loro doveri collegiali di definizione, approvazione e salvaguardia degli assetti societari, con evidenti (e intense) ricadute sull'altro loro dovere di agire in modo informato.

§ 3.3 - L'operatività (o meno) della cd. “business judgment rule” per gli assetti societari delle banche

Anche con riferimento alle banche valgono le considerazioni svolte nell'*incipit* del precedente paragrafo n. 2.3, secondo cui gli assetti societari:

- devono essere necessariamente previsti (essendo gli stessi oggetto, come verificato nel corso di questo capitolo, di un obbligo per tutti gli amministratori, che si presenta peraltro “rafforzato” rispetto a quello previsto nella disciplina comune per la sua finalizzazione – anche – alla «sana e prudente gestione» degli istituti di credito);
- il loro mancato approntamento è fonte, di per sé, di grave responsabilità.

Non pare invece potersi effettuare la distinzione proposta nel paragrafo n. 2.3 di cui sopra in tema di indici fissati nell'art. 13 del Codice della Crisi, che ai sensi dell'art. 12, comma 5, del detto Codice non si applicano alle imprese bancarie.

La peculiarità della disciplina speciale in esame viene peraltro in evidenza con riferimento al sistema dei controlli interni che è integrato, per espresso dettato delle Disposizioni di Vigilanza, anche negli assetti societari, ed a cui tali Disposizioni dedicano articolate clausole di dettaglio (v. capitolo n. 3, titolo IV, parte I).

Alla luce di tale disciplina, di cui è stata anche criticata in dottrina l'eccessiva analiticità (non ritenendosi le Disposizioni in esame la corretta “sede” di norme tecniche volte a specificare il disposto giuridico)²²⁸, è difficilmente definibile l'esatto

²²⁸ V. S. SCOTTI CAMUZZI, *op. cit.*, 166, il quale (con considerazioni che, pur non riguardanti le Disposizioni di Vigilanza oggi vigenti, si rivelano comunque attuali per il profilo in esame) osserva come «(...) le nuove disposizioni in commento appaiono costituire una sorta di istruzioni per come condurre la gestione aziendale. Norme di questo genere sono norme tecniche, le quali, essendo per loro natura aride e rigide, abbisognano, per la loro concreta applicazione, di un grado di dettaglio che la norma giuridica non può e non deve avere; ed è addirittura discutibile se non siano troppo entrate nel dettaglio tecnico le disposizioni che la Banca d'Italia ha emanato (e prima che esse, e a maggior ragione, le disposizioni dell'UE). Ed invero né il codice civile, né il t.u.b., e nemmeno le disposizioni regolamentare di vigilanza possono trasmutarsi in un manuale tecnico di controllo di gestione aziendale. La norma giuridica sui lavori di ingegneria non deve incorporare le regole tecniche della scienza delle costruzioni; vi può fare riferimento o rinvio, non può identificarsi con esse». In ragione del contenuto così minuzioso delle disposizioni di Vigilanza per il sistema dei controlli interni, M. STELLA RICHTER JR, *op. cit.*, 329, afferma che «assistiamo, per dirla in poche parole, ad un imponente fenomeno di normativizzazione di regole aziendalistiche». Esprime invece la propria posizione favorevole sul

ambito di operatività della BJR in favore degli amministratori delle banche, pur comunque dovendosi riconoscere, in via astratta e generale, l'applicazione di tale *rule* anche in favore di questi amministratori (limitatamente, tuttavia, alle scelte discrezionali consentite dalla normativa di settore)²²⁹.

La problematicità dell'applicazione del principio *de quo* si intensifica in ragione della peculiare diligenza a cui sono soggetti, nell'ambito bancario, i consiglieri non esecutivi nell'esercizio del loro dovere di agire in modo informato, essendo infatti richiesto loro di *possedere ed esprimere «(...) adeguata conoscenza del business bancario, delle dinamiche del sistema economico-finanziario, della regolamentazione bancaria e finanziaria e, soprattutto, delle metodologie di gestione e controllo dei rischi. Si tratta di conoscenze essenziali per l'efficace svolgimento dei compiti loro richiesti»* (v. paragrafo n. 1, IV capoverso, sezione IV, capitolo n. 1, titolo IV, parte I)²³⁰.

Tenuto conto che, per la definizione, approvazione e salvaguardia di adeguati, efficienti ed efficaci assetti societari, tutti i componenti del c.d.a. sono classificabili

contenuto così dettagliato delle Disposizioni di Vigilanza P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., 737, che afferma (con assunti non riferiti alla versione attuale delle suddette Disposizioni, ma valevoli anche ad oggi) come «(...) la nuova disciplina di settore per organicità e analiticità della regolamentazione meriti una valutazione positiva, (...) in quanto fornisce alle banche standard di riferimento più puntuali per la predisposizione del proprio assetto organizzativo e delle procedure interne che, in assenza di modelli di riferimento individuati, rendevano a volte non agevole alle banche la valutazione di conformità ai paradigmi di legge e regolamentare e, conseguentemente, la maggiore prevedibilità dei risultati dell'attività di vigilanza».

²²⁹ Ad avviso di V. CALANDRA BUONAURA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, cit., 8, «(...)», se anche si riconosce l'esistenza di una *discrezionalità nell'attuazione del principio di adeguatezza degli assetti organizzativi*, questa discrezionalità nelle banche risulta *decisamente compressa*, in particolare per quanto riguarda il sistema dei controlli interni, dall'esistenza di una regolamentazione che definisce in modo articolato e puntuale le competenze degli organi sociali, la *struttura organizzativa*, i compiti da assegnare alle diverse funzioni aziendali e le procedure da adottare». Afferma di condividere l'opinione del predetto Autore (seppur espressa – con espressioni “lievemente” differenti – in altra sede da quella citata dalla scrivente) M. STELLA RICHTER JR, *op. cit.*, 334, il quale motiva la sua adesione (*ivi*, 334) «(...) in ragione della esistenza di una minuta e puntuale regolamentazione di vigilanza in questa materia; di una regolamentazione di particolare dettaglio che, come si è detto, non può non incidere nel senso di ridurre lo spazio discrezionale entro il quale possono muoversi gli amministratori nel rispetto della *business judgment rule*».

²³⁰ Tale clausola viene declinata in termini meno incisivi (e meno gravosi per gli amministratori) sia nella direttiva CRD IV, sia negli Orientamenti dell'ABE sulla «governance interna» delle banche. Nella prima viene infatti previsto che «l'organo di gestione possiede collettivamente conoscenze, competenze e esperienze adeguate per essere in grado di *comprendere le attività dell'ente*, inclusi i principali rischi» (v. art. 91, comma 7). Nei secondi viene invece disposto che «tutti i membri dell'organo di amministrazione dovrebbero *essere informati dell'attività generale, della situazione finanziaria e di rischio dell'ente*, alla luce dell'ambiente economico, nonché delle decisioni prese che si ripercuotono significativamente sull'attività dell'ente» (v. sezione 4, titolo II, art. 1, paragrafo n. 25).

come “non esecutivi” (dovendo infatti gli stessi adempiere collegialmente, *ex lege*, a tali compiti stante la loro indelegabilità sulla base del dato normativo illustrato nel precedente paragrafo n. 3.2 e della relativa interpretazione resa dalla scrivente), può ritenersi attribuito a ciascuno di tali componenti il dovere di agire in modo informato secondo l’elevato grado sopra indicato, che rappresenta, in ogni caso, il diretto e necessario “precipitato” dell’obbligo collegiale vertente sugli assetti in esame. Questi ultimi, infatti, ove (diligentemente) definiti, approvati e salvaguardati, produrranno informazioni atte a consentire il raggiungimento dell’intenso livello informativo richiesto a tutti gli amministratori di banca.

Pertanto, a tali amministratori, considerati nel loro *plenum*, non potranno pedissequamente applicarsi i criteri distintivi indicati nel precedente paragrafo n. 2.3 in ordine all’identificazione delle responsabilità dei consiglieri di amministrazione di s.p.a. (considerati nella loro ripartizione tra deleganti e delegati quali soggetti gravati, rispettivamente, del dovere di “valutare” e “curare” la struttura societaria) rispetto ai danni eventualmente derivanti (alla società e ai soci, creditori e terzi) dal compimento di un atto gestionale.

Infatti, dovendosi ritenere corresponsabili, rispetto agli assetti societari, tutti i consiglieri di banca, questi ultimi, qualora risultasse l’inadeguatezza dell’organizzazione aziendale e, di conseguenza, dei flussi informativi prodotti dalla stessa, saranno tenuti a risarcire i danni causati per l’inadempimento dei loro doveri di dotare la società di un’idonea struttura organizzativa (rivelatasi incapace di produrre informazioni atte al corretto svolgimento dell’attività sociale) e di agire in modo informato. Si ritiene tuttavia, in attenuazione a questa tesi, che:

→ l’esenzione da tale corresponsabilità potrebbe configurarsi per quell’amministratore che, conoscendo o percependo con diligenza le (eventuali) carenze o anomalie nell’organizzazione societaria, abbia assunto una condotta reattiva volta alla correzione del malfunzionamento riscontrato (ad esempio, chiedendo al presidente del c.d.a. la convocazione dell’organo amministrativo per l’assunzione di una decisione modificativa degli assetti societari al fine della loro adeguata operatività);

→ la graduazione dei profili della suddetta corresponsabilità, per ciascuno dei componenti del c.d.a., potrebbe avvenire (fermo l’elevato grado conoscitivo richiesto – sulla base di quanto sopra esposto – ad ognuno di essi) sulla base delle

personali «specifiche competenze» (che sono richiamate nel paragrafo n. 1., III capoverso, sezione IV, capitolo n. 1 – titolo IV, parte I – delle Disposizioni di Vigilanza) ed in considerazione della sussistenza di eventuali deleghe conferite dal c.d.a. (nei ristretti termini – principalmente attuativi – specificati nel precedente paragrafo n. 3.2), con conseguente valorizzazione dei criteri di personalizzazione dettati dall’art. 2392, comma 1, c.c.

Una simile riflessione certamente (e purtroppo) evoca gli “spettri” del passato, ove ai consiglieri non esecutivi (di una comune s.p.a.) era attribuita una responsabilità estremamente ampia in forza del loro dovere di vigilare «sul generale andamento della gestione» previsto dall’art. 2392, comma 2, c.c. nella sua versione *ante* la riforma societaria del 2003.

Tuttavia, nello specifico settore bancario, la tesi sopra offerta non è volta a reiterare “vecchie soluzioni” che nella disciplina codicistica delle s.p.a. sono già state abbandonate perché (correttamente) non ritenute idonee, ma a fornire quella (unica, come sembra) interpretazione deducibile dalla lettura combinata delle Disposizioni di Vigilanza che sono state esaminate.

Tale interpretazione si pone peraltro in linea con i principi enunciati per le tematiche qui approfondite dalla Corte di Cassazione, che pare ormai aver consolidato il proprio orientamento sui criteri di valutazione delle condotte degli amministratori non esecutivi di banca rispetto al loro dovere di agire in modo informato; tuttavia, anche la detta Corte, nello sviluppare le motivazioni alla base delle proprie decisioni, ha primariamente considerato il contenuto delle Disposizioni di Vigilanza e, successivamente, dedotto e fornito le (uniche, come sembra) indicazioni a livello interpretativo desumibili da tale contenuto.

Sembra quindi utile esaminare l’orientamento in esame, verificandone poi le modalità di accoglimento da parte della dottrina.

Lo stesso, innanzitutto, pare essersi formato con la sentenza di legittimità del 5 febbraio 2013, n. 2737²³¹, ove tenuto conto:

- che, alla luce degli artt. 2381 (commi 3 e 6) e 2392 c.c., il dovere di agire in modo informato per gli amministratori di banca «(...) è particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, *anche in ragione degli*

²³¹ *Cit.*, 24/II.

interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile»;

- che, altresì, «(...) le Istruzioni di Vigilanza (ora Disposizioni di Vigilanza, n.d.r.) (...) attribuiscono al consiglio di amministrazione di approvare gli “orientamenti strategici e le politiche di gestione del rischio”; gli impongono, inoltre, di “essere consapevole dei rischi a cui la banca si espone”, di “conoscere e approvare le modalità attraverso le quali i rischi stessi sono rilevati e valutati”, di assicurarsi “che venga definito un sistema informativo corretto, completo e tempestivo” e che “la funzionalità, l’efficienza e l’efficacia del sistema dei controlli interni siano periodicamente valutate e che i risultati del complesso delle verifiche siano portati a conoscenza del consiglio medesimo”; gli fanno carico, ancora, di adottare “con tempestività idonee misure correttive” “nel caso emergano carenze o anomalie” (titolo 4°, capitolo 11, sezione 2ª)»;

è stata sostenuta la diversa (e più «stringente») declinazione del dovere di agire in modo informato degli amministratori non esecutivi di banca²³².

In particolare, le peculiari caratteristiche riconosciute a questi ultimi (per il profilo in esame) sono state espresse nella sentenza *de qua* nei seguenti termini: «In materia di società bancarie, pertanto, il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi non è rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dagli amministratori delegati attraverso i rapporti dei quali la legge onera questi ultimi, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante ed adeguata conoscenza del *business* bancario e, essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio (al quale è affidata l'approvazione degli orientamenti strategici e delle politiche di gestione del rischio dell'intermediario), hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo; (...)»²³³.

La Corte di Cassazione ha successivamente riproposto le tesi formulate nel provvedimento di cui sopra nelle sue successive pronunce del 7 agosto 2014, n.

²³² *Cit.*, 26/II ss.

²³³ *Cit.*, 26/II.

17799²³⁴, del 9 novembre 2015, n. 22848²³⁵, del 18 aprile 2018, n. 9546²³⁶, del 16 luglio 2018, n. 18846²³⁷ e del 29 ottobre 2018, n. 27365²³⁸, in cui le controversie al vaglio dei giudici di legittimità sono state risolte proprio attraverso il richiamo dei principi formulati nel suddetto provvedimento.

Le tesi in esame sono state tuttavia criticate in dottrina, ove sono state sollevate preoccupazioni in ordine al loro effetto di «appiattare» le responsabilità degli amministratori deleganti rispetto a quelle degli amministratori delegati²³⁹, con conseguente, eccessiva, estensione delle stesse²⁴⁰.

²³⁴ In banca dati *Dejure*.

²³⁵ In *Giur. comm.*, 2017, 546/II, con nota di F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di "sistema"?*, *ivi*, 549/II.

²³⁶ In www.cortedicassazione.it, sezione Servizio online (v. *SentenzeWeb*).

²³⁷ In www.cortedicassazione.it, sezione Servizio online (v. *SentenzeWeb*).

²³⁸ In *Giur. it.*, 2019, 856, con nota di F. RIGANTI, *Amministratori non esecutivi di banca: informazione, sanzioni e responsabilità*, *ivi*, 857.

²³⁹ Così P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., 736, e ID., *La Corporate Governance bancaria oggi: profili generali*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *op. cit.*, 116.

²⁴⁰ V. in tal senso F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di "sistema"?*, cit., 554/II, il quale assume una posizione critica sia rispetto all'orientamento giurisprudenziale in esame (espresso, rispetto alle censure dell'Autore, nella sentenza di legittimità n. 22848/2015, cit., 546/II), sia rispetto alla normativa di settore. In ordine alla prima, lo stesso afferma (tra l'altro), *ivi*, 554/II, che nell'ambito di tale orientamento viene fatto «(...) discendere dall'incarico gestorio di natura non esecutiva (nell'ambito bancario, n.d.r.) un obbligo di informazione e vigilanza senza dubbio rafforzato rispetto a quanto dettato in sede di disciplina comune, da cui dovrebbe derivare (quantomeno per ragioni di uniformità del sistema) una correlata variazione del regime della responsabilità dei deleganti, la quale rischierebbe di venire (i) in concreto appiattita a quella dei delegati, se non finanche (ii) di nuovo "oggettivamente" e autonomamente ricollegata all'ufficio amministrativo ricoperto». In ordine alla seconda, invece, il suddetto Autore rileva, *ivi*, 556/II, come la disciplina bancaria, pur essendo «(...) apprezzabilmente ispirata ad un percorso di maggiore responsabilizzazione del board tutto nella gestione, (...) forse vuoi per "eccesso di zelo" del regolatore, vuoi, più semplicemente, per mancato coordinamento con la normativa commerciale comune, risulterebbe a tratti finanche indebitamente "punitiva" per gli amministratori non esecutivi delle banche, onerati da compiti a tal punto gravosi e, conseguentemente, da responsabilità a tal punto dilatate, da mettere in dubbio i tratti tipizzanti della fattispecie codicistica di riferimento». Sempre l'Autore in esame, in altra sede (ID., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, cit., 148 ss.), puntualizza che «(...) affermare (...) che in forza delle caratteristiche del business dell'impresa bancaria, tutti gli amministratori devono risultare dotati delle adeguate competenze per gestire la società senza quasi distinzione alcuna in merito alla posizione esecutiva o non esecutiva degli stessi, non può certo comportare un annacquamento di quella distinzione intercorrente tra amministratori delegati e deleganti disegnata dal codice civile né può, questo il punto saliente in tema di controlli interni, condurre ad affermare un diretto, indistinto, costante ed ininterrotto dovere di vigilanza dei secondi nei confronti dei primi, risultando tale affermazioni in contrasto con quell'art. 2381, ultimo comma, cod. civ., che – nell'affermare la ricorrenza di una vigilanza mediata dei non esecutivi sugli esecutivi – intende responsabilizzare l'intero *plenum* circa le scelte gestori, senza sconfinare in previsioni di "polizia" interna. Il rispetto della previsione in ultimo indicata è, pertanto, irrinunciabile, ed una soluzione di diversa natura porterebbe inoltre a sostenere una prevalenza della fonte regolamentare di secondo grado su quella codicistica di primo grado, con conseguente sovvertimento gerarchico delle norme ordinanti il sistema».

Tale posizione dottrinale, sul (mero) piano dell'*opportunità*, merita condivisione (sembrando anche a chi scrive oltremodo lata la responsabilità degli amministratori di banca delineata nella giurisprudenza sopra richiamata), ma sul diverso piano della *legalità* non sembra pregevole di adesione, essendo il dato normativo sottostante alle statuizioni giudiziali sopra richiamate (che deriva la propria legittimità, sul piano delle fonti, dall'art. 53, comma 1, lett. d, T.U.B., nonché – per i profili di “ricezione” delle prescrizioni comunitarie – dall'art. 6, comma, 1, T.U.B.) interpretabile (solo) nel senso attribuitogli dalla Corte di Cassazione²⁴¹.

Pertanto, gli interessi giuspubblicistici connotanti l'impresa bancaria e le sue regole di *governance* (intesi come sana e prudente gestione dell'ente anche ai fini della stabilità complessiva del mercato)²⁴² e vevoli, altresì, quali «fini sociali» ex art. 41 Cost., sono idonei a giustificare dal punto di vista costituzionale la peculiare normativa del relativo settore per l'esercizio collegiale dei compiti dei consiglieri di amministrazione di banca in ordine all'approvazione, definizione e salvaguardia degli assetti societari (con – purtroppo – le gravose “ricadute” sui profili di responsabilità sopra indicati). Si ritiene tuttavia, in una prospettiva (soprattutto) rivolta a consentire (per i suddetti compiti) un minor allineamento delle responsabilità tra amministratori deleganti e amministratori delegati dell'impresa bancaria, che sarebbe *opportuno* un “avvicinamento” della disciplina speciale al modello codicistico (garante di una maggior tutela in favore dei consiglieri non esecutivi).

²⁴¹ Secondo C. FRIGENI, *op. cit.*, 497, le conclusioni espresse dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 2737/2013, *cit.*, 24/II, «(...) si mostrano del tutto in linea con il nuovo dato normativo e sembrano offrire un'anticipazione del regime di responsabilità che troverà applicazione sulla base dello stesso».

²⁴² L'attuale Governatore della Banca d'Italia, nel suo recentissimo intervento alla riunione del Comitato esecutivo dell'ABI del 16 settembre 2020, ha autorevolmente affermato che «bilanci più solidi, redditività adeguata, *buon governo societario* non sono solo *funzionali alla stabilità dei singoli intermediari e del sistema nel suo complesso*. Essi sono *necessari per tutelare il risparmio dei depositanti e di chi ha investito in obbligazioni e azioni bancarie, nonché per salvaguardare i clienti che accedono al credito*. Sono, quindi, il presupposto per soddisfare con efficacia e trasparenza le esigenze finanziarie delle famiglie e delle imprese che si rivolgono alle banche e per una efficiente allocazione delle risorse. Di tutto questo vi è ancor più bisogno in questa fase non solo per rispondere agli effetti della crisi pandemica, ma soprattutto per sostenere l'uscita della nostra economia dalla stagnazione nella quale da lungo tempo si dibatte» (così I. VISCO, *L'economia italiana e le banche: implicazioni della pandemia e prospettive*, in www.bancaditalia.it, sezione *Pubblicazioni*, sottosezione *Interventi del Governatore*, 9 ss.).

MAPPA DELLA TESI

Il **Capitolo n. 1** prende avvio (§ 1.1) dalla constatazione che la banca, quale impresa di rilevanza anche pubblicistica, beneficia di uno “statuto speciale” e che le “anime” caratterizzanti la stessa (quella privata e quella pubblica) vengono bilanciate (nei fini perseguiti nell’elaborato) attraverso la *governance* bancaria, con conseguente beneficio, in un’ottica sistemica, del cd. “consumatore finanziario” (o, in senso stretto, di prodotti e servizi bancari).

Ravvisandosi l’opportunità della disamina di tale figura, rappresentando la sua protezione la finalità ultima del governo delle banche, vengono dunque svolti approfondimenti in dottrina per la definizione della stessa, che viene individuata in quella del risparmiatore/ “piccolo” investitore anche sulla base di riflessioni in ordine agli artt. 41 e 47 Cost., determinanti la necessità (quale loro “precipitato”) che il l’ordinamento si premuri di tutelarla.

La posizione (anche ad oggi) di “favore” verso il suddetto consumatore per i profili della sua protezione (di *humus* costituzionale) viene quindi esaminata con riferimento alla fideiussione *omnibus* bancaria (che si pone al riguardo quale efficiente “banco di prova”), collocandosi quest’ultima nella tipica attività creditizia praticata dalle banche.

Di tale istituto è quindi illustrato il recente *casus belli* avviato, in ambito giudiziale, nell’anno 2010 avanti alla Corte d’Appello di Venezia per la lamentata nullità di un contratto fideiussorio conforme al cd. “modello ABI”.

Poiché attraverso l’approfondimento di tale vertenza l’atteggiamento di *favor* verso il “consumatore finanziario” (stante la sua rilevanza costituzionale) viene confermato, si procede, ampliando l’orizzonte dell’indagine, ad approfondire (§ 1.2) la cd. “Costituzione Economica”, comprensiva degli artt. 41 e 47 Cost.

Dopo un inquadramento generale del “contenuto” della cd. “Costituzione Economica”, vengono nel dettaglio analizzati i suddetti artt. 41 e 47 Cost., che vengono studiati non solo *i.* per gli aspetti propriamente contenutistici, ma anche *ii.* per il loro rapporto. Quanto ai primi, in particolare, viene offerta (in via preferenziale) l’interpretazione dell’art. 47 in un’ottica soggettiva, volta (nella sua finalità ultima) alla tutela e allo sviluppo della dignità umana; quanto al secondo, invece, tenuto conto della natura di impresa privata della banca, viene proposta

l'operatività delle norme in esame su piani diversi, con conseguente indipendenza delle medesime e loro pari applicazione alla banca stessa, comunque sottoposta alla vigilanza della Banca d'Italia.

Si esamina quindi tale funzione di vigilanza della Banca d'Italia (§ 1.3), con particolare riferimento alla *governance* delle banche, avviando la disamina dalla qualificazione giuridica di tale istituto e dai profili di discrezionalità interessati dalla sua azione (amministrativa) con particolare riferimento alla «sana e prudente gestione dei soggetti vigilati», con formulazione della tesi su quale possa essere il criterio orientativo per l'individuazione del limite tra l'intervento “pubblico” della Banca d'Italia e l'agire “privato” delle banche (che viene proposto nella non contrarietà dell'operato gestionale dei singoli istituti di credito – attraverso i loro amministratori – agli interessi pubblici).

Tenuto conto, tuttavia, della cornice europea (oltre che internazionale) in cui si colloca l'azione della Banca d'Italia, vengono approfonditi di quest'ultima il ruolo nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico ed i rapporti con la Banca centrale europea, individuando una posizione principalmente “vassalla” della stessa Banca d'Italia (almeno con riferimento alle banche “significative”) rispetto alla BCE, con conseguente riproposizione di tale subordinazione nel binomio Italia/Europa.

Viene quindi avanzata la tesi secondo cui la «Repubblica» (attraverso quella via interpretativa preferibile tra *i.* il riconoscimento della supremazia della Costituzione italiana rispetto alle norme europee – prima soluzione – e *ii.* l'inclusione dell'art. 47 tra i cd. “controlimiti” all’“esondazione” del diritto europeo oltre i margini di matrice “repubblicana” – seconda soluzione), nell'ambito della tutela giuspubblicistica a favore dell'attività bancaria considerata sotto il profilo di governo degli istituti creditizi (quale strumento – ultimo – di protezione del consumatore/risparmiatore/“piccolo” investitore), può subire un ridimensionamento del suo ruolo (oggi esercitato attraverso la Banca d'Italia), ma non una totale frustrazione in favore di istituzioni europee (che sarebbe altrimenti illegittima sotto il profilo costituzionale).

Si procede quindi (§ 1.4) ad esaminare gli specifici profili della «vigilanza regolamentare» esercitata dalla Banca d'Italia (sempre sotto il profilo del governo delle banche), con approfondimento delle Disposizioni di Vigilanza dalla stessa emanate (e ad oggi aggiornate nel mese di settembre 2020), anche alla luce del diritto

comunitario (soprattutto in ragione della direttiva europea cd. “CRD IV” e degli Orientamenti dell’ABE sulla *governance* interna) sotto il peculiare aspetto del «Governo societario» delle stesse banche.

Viene dunque analizzata la potestà regolamentare della Banca d’Italia (limitatamente alla *governance* bancaria) per gli aspetti di ricezione/attuazione del diritto comunitario e di esercizio dell’autonomia regolamentare, individuando una problematicità in quest’ultimi per i loro effetti sulla libertà discrezionale dell’organo amministrativo (oltre che dei soci) degli istituti di credito nell’ambito della definizione, approvazione e salvaguardia della struttura organizzativa interna.

Viene dunque posta la domanda se e fino a che punto tale libertà possa essere compressa o, financo, annullata (per ragioni di matrice europea o per scelte della Banca d’Italia) in favore di interessi diversi da quelli strettamente sociali, proponendo come criterio orientativo della valutazione del contenuto delle Disposizioni di Vigilanza (di volta in volta vagliato) quello della compromissione della libertà dell’ “imprenditore bancario” ritenuta accettabile (che, ove ecceduta, determinerebbe invece l’illegittimità costituzionale del suddetto contenuto).

Il **Capitolo n. 2** prende avvio (§ 2.1.) dalla constatazione che la direttrice valutativa delle Disposizioni di Vigilanza delineata nel precedente capitolo n. 1 necessita, sul piano tecnico della disciplina comune e della normativa speciale, di opportune premesse, che vengono individuate nell’approfondimento dei doveri degli amministratori delle società per azioni di diligenza, di predisposizione di adeguati assetti societari e di agire in modo informato, qualificabili altresì come “elementi” compositivi della clausola generale della ‘corretta amministrazione’.

Dopo la disamina del dovere di diligenza, da intendersi come parametro valutativo di altri obblighi a carico dei consiglieri di amministrazione, vengono illustrati gli altri due doveri in esame, avviando l’indagine da quello in tema di assetti societari, con l’individuazione di specifici compiti a carico dei deleganti (di “valutazione”) e dei delegati (di “cura”), che nella loro interrelazione sono caratterizzati dalla posizione apicale del presidente del c.d.a.

Viene dunque evidenziata l’attenzione dedicata dal legislatore agli assetti societari, che li ha prescritti attraverso il Codice della Crisi a qualsiasi imprenditore operante «in forma societaria o collettiva» stante la loro finalizzazione lì esplicitata alla «tempestiva rilevazione dello stato di crisi» e all’«assunzione di idonee iniziative».

Alla luce della stretta connessione, anche posta in luce nell'ambito del suddetto Codice, tra gli assetti societari e profili di rischio dell'attività sociale, viene formulata adesione all'orientamento di chi ritiene il sistema di controllo interno consustanziale agli assetti stessi per qualsiasi s.p.a. (quotata e non).

Si procede quindi all'analisi del terzo dovere in esame, quello dell'agire in modo informato, evidenziando come l'informazione assuma nell'ambito della disciplina comune delle s.p.a. un ruolo centrale, essendo la stessa strumento valutativo sia della condotta del singolo amministratore, sia della procedimentalizzazione attraverso cui il c.d.a. (come organo collettivo) e i consiglieri delegati pongono in essere la gestione sociale.

Proprio con riferimento al suddetto dovere viene quindi approfondita (§ 2.2) la posizione dei singoli "attori" nell'ambito del sistema di amministrazione cd. "tradizionale" (individuati nel presidente del c.d.a, degli amministratori deleganti e degli amministratori delegati), previa specificazione, tuttavia, del significato "concreto" di 'assetti adeguati'.

Tenuto conto del recedente Codice della Crisi, vengono quindi proposte le (personali) tesi secondo cui:

- qualora una società per azioni (non quotata e non soggetta a vigilanza) non sia in grado di applicare, mediante la sua struttura, gli indici rivelatori della (eventuale) crisi dell'impresa elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, gli assetti societari (ivi incluso il sistema di controllo interno) strettamente connessi all'operatività di tali indici saranno *ex se* inadeguati, con conseguente inadempimento degli amministratori ai loro obblighi imposti dalla legge;

- essendo il suddetto Consiglio già stato ritenuto dal legislatore soggetto professionalmente idoneo a fornire specifico contenuto agli indici di cui sopra, può attribuirsi al documento formato da tale Consiglio in tema di «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega» (datato 30 aprile 2020) un'efficacia integrativa del dettato normativo per la predisposizione e il monitoraggio di adeguati assetti societari (ivi incluso il sistema di controllo interno).

Vengono quindi, anche alla luce di tale documento, esaminate le principali figure operanti a livello di organo amministrativo nelle (singole) s.p.a. non quotate e non soggette a vigilanza, con esposizione dei relativi compiti (attuando, per quegli aspetti

ritenuti di particolare rilevanza ed ai fini di raffronto, un approfondimento anche alla luce del T.U.F. e del Codice di *Corporate Governance* delle società quotate in vigore dal primo esercizio successivo al 31 dicembre 2020).

Al termine della diffusa disamina così compiuta, anche tenuto conto che il Codice di *Corporate Governance* sembra primariamente orientato a garantire l'efficacia, l'efficienza e l'adeguatezza della struttura organizzativa della società complessivamente considerata (affinché gli amministratori possano assumere scelte ponderate e nei limiti dei "rischi" sostenibili dalla società stessa), viene confermato il ruolo di direttrice dell'operato degli amministratori per la clausola generale della 'corretta amministrazione', rappresentante quindi la premessa "tecnica" (da declinarsi nella speciale disciplina bancaria) per l'individuazione dei valori costituzionali emergenti dalla normativa di settore oggetto di successivo studio.

Per la valutazione del diligente adempimento dei doveri degli amministratori in merito alla struttura di cui sopra viene dunque verificata (§ 2.3) l'applicabilità o meno della cd. "*business judgment rule*" alle scelte discrezionali dei consiglieri di amministrazione in merito agli assetti societari, con previa individuazione di due limiti di (indiretta) matrice legislativa all'operatività di tale *rule*: il primo, consistente nel necessario approntamento di tale assetti (ivi incluso il sistema di controllo interno); il secondo, invece (ad avviso del tutto personale dell'esponente), avente ad oggetto il giudizio di inadeguatezza dei suddetti assetti derivante, *ex se*, dall'incapacità della struttura societaria di applicare gli indici rilevatori della (eventuale) crisi dell'impresa (limitatamente, tuttavia, agli "aspetti" degli assetti e del sistema di cui sopra strettamente connessi a tali indici).

Quanto, invece, a tutti gli altri assetti societari (e al sistema di controllo interno) viene esaminato il problema di applicazione della cd. "*business judgment rule*", che viene individuata in quella regola di matrice giurisprudenziale per l'insindacabilità nel merito, in ambito giudiziale, delle (mere) scelte imprenditoriali assunte dagli amministratori, in forza della quale il magistrato può soltanto verificare se, ferma l'insussistenza di violazioni dell'obbligo di fedeltà e/o di specifici obblighi di legge da parte dei consiglieri di amministrazione (che, se compiute, escluderebbero di per sé l'operatività del principio in esame), gli amministratori stessi, prima di adottare le scelte soggette alla sua valutazione giudiziale, abbiano adottato una condotta conforme al loro dovere di agire in modo informato.

Viene dunque esposto il meccanismo di operatività della suddetta regola con declinazione sia per gli amministratori deleganti, sia per gli amministratori delegati e, al fine di rendere concreta evidenza di tale meccanismo (con particolare riferimento ai consiglieri deleganti) viene approfondito, per i profili così connessi, il documento formato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili in tema di «Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega».

Viene quindi proposta la (personale) tesi conclusiva secondo cui gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, ivi incluso il sistema di controllo interno, per i relativi profili non strettamente connessi agli indici elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili *ex art. 13* del Codice della crisi, beneficiano della protezione della *rule* di cui sopra, ferma, invece, per gli altri assetti, l'inapplicabilità della stessa (ritenendosi, *i. quanto ai primi*, che i medesimi siano soggetti a una scelta discrezionale degli amministratori, che, ove assunta e vigilata mediante un corretto ed esaustivo procedimento informativo, non potrà essere sindacata per via giudiziale, e *ii. quanto ai secondi*, che l'*imprimatur* sul risultato imposto ai medesimi per via normativa sia un limite invalicabile per l'operatività della stessa *rule*).

Il **Capitolo n. 3** si prefigge quindi di verificare (§ 3.1) come la specialità dello statuto delle banche incida (legittimamente o meno in un'ottica *constitutional oriented*) sui criteri orientativi dell'operato degli amministratori delle stesse, considerati rispetto ai loro obblighi in tema di adeguati assetti societari (inclusivi del sistema di controllo interno, che è espressamente normato dalla Banca d'Italia), tenuto altresì conto degli altri due obblighi di diligenza e di agire in modo informato in capo ai medesimi.

L'indagine prende avvio dalla peculiare declinazione della clausola generale della 'corretta amministrazione' in ambito bancario (così sviluppando quella premessa "tecnica" posta nell'ambito del precedente capitolo n. 2), e ciò in ragione degli interessi giuspubblicistici sottesi a tale ambito.

Viene quindi precisato come tale clausola assuma una posizione apicale nella disciplina di settore, essendo la stessa (e gli assetti societari da predisporre in favore della s.p.a. bancaria) lo strumento attuativo della *governance* delle banche, che viene esaminata per entrambi gli organi con funzione di supervisione strategica e con funzione di gestione (coincidenti, nel modello d'amministrazione cd. "tradizionale", nel c.d.a).

Viene quindi approfondito (nell'ambito delle Disposizioni di Vigilanza) il grado di diligenza richiesto agli amministratori delle banche, constatando come lo stesso (con particolare riferimento alla compagine non esecutiva) si presenti più intenso rispetto a quello dei "colleghi" nelle comuni s.p.a., ed evidenziando i profili di problematicità del coordinamento di tale disciplina con quella *ex art. 2392*, comma 1, c.c. (che introduce criteri di personalizzazione nelle responsabilità dei singoli componenti del consiglio di amministrazione).

Si procede successivamente, sempre alla luce delle Disposizioni di Vigilanza, ad illustrare i doveri degli amministratori delle (singole e non quotate) banche in tema di adeguati assetti societari.

Vengono quindi esposti gli esiti di tali (diffusi) approfondimenti, sintetizzabili in tre direttrici: 1) opacità a livello terminologico nel dettato delle Disposizioni di cui sopra, con evidenti difficoltà interpretative del dato testuale riferito agli assetti societari; 2) distacco dal modello codicistico *ex art. 2381* c.c. per i compiti attribuiti all'organo con funzione di supervisione strategica, gravato, come tale, di attribuzioni non meramente "valutative"; 3) nuovamente distacco dal suddetto modello per i doveri attribuiti all'organo con funzione di gestione, peraltro di difficile coordinamento (anche per profili di sovrapposizione) con quelli dell'organo con funzione di supervisione strategica.

Stanti tali difficoltà, incidenti anche sulla disamina dell'ulteriore dovere di agire in modo informato degli amministratori di banca, viene formulata la tesi compositiva (del tutto personale) secondo cui, nell'applicazione delle Disposizioni di Vigilanza al sistema di amministrazione cd. "tradizionale", il c.d.a. non solo è *titolare ex lege* di entrambe le funzioni di supervisione strategica e di gestione, ma anche *deve svolgere le stesse con modalità collegiale* rispetto agli assetti societari (salva la possibilità, nell'ambito del sistema dei controlli interni, di attribuire specifiche deleghe *attuative* ovvero altre deleghe nei termini fissati dalla Banca d'Italia per aspetti non strettamente "macro-strutturali"), con conseguente ricongiungimento in capo al medesimo c.d.a. dei compiti civilistici *ex art. 2381* c.c. in tema di "valutazione" e "cura" dei predetti assetti.

Viene dunque esposto, secondo questa linea interpretativa, che il dovere di agire in modo informato implica una "diffusa" conoscenza per tutti i membri del c.d.a. in

ordine all'organizzazione societaria (essendo la stessa soggetta ad obblighi di definizione, approvazione e salvaguardia di natura collegiale).

Si procede successivamente a verificare (§ 3.2) come, nell'ambito del consiglio di amministrazione delle banche, si declinino le posizioni degli "attori" indicati nel precedente capitolo n. 2.

Vengono quindi illustrate, sulla base delle Disposizioni di Vigilanza, le figure del presidente del c.d.a. e degli amministratori deleganti e di quelli delegati, ponendo in evidenza i "rafforzamenti" e le difformità rispetto al modello codicistico (nonché richiamando, per i profili di particolare rilevanza relativi all'incarico presidenziale, sia la direttiva CRD IV, sia gli Orientamenti dell'ABE sulla *governance* interna).

Con particolare riferimento ad entrambe le tipologie dei suddetti amministratori viene (a più riprese) sottolineato come il rapporto tra le stesse si articoli in modo così difforme, sul piano degli assetti societari, in relazione all'impianto codicistico, da non potersi invocare una linearità delle Disposizioni di Vigilanza rispetto a tale impianto, subendo dunque i generali doveri, per gli amministratori di s.p.a., di "curare"/"valutare" i detti assetti e di agire in modo informato (da adempiersi con diligenza) una declinazione del tutto peculiare nella normativa bancaria.

Viene quindi verificato, riprendendo profili avanzati nel precedente capitolo n. 1, se, e in che termini, la disciplina di settore abbia attuato ed eventualmente anche implementato la direttiva CRD IV in tema di governo societario per gli aspetti sopra considerati, dovendosi appurare in ultima analisi se, alla luce degli artt. 41 e 47 Cost., vi sia stata (eventualmente) una compressione (legittima o meno) della libertà dell'"imprenditore" bancario nel realizzare la propria organizzazione aziendale.

Attraverso la disamina dell'art. 88 della suddetta direttiva (di cui viene anche operato un raffronto con le clausole a tal fine rilevanti contenute negli Orientamenti dell'ABE sulla *governance* interna) viene constatato che l'organo di gestione (secondo il legislatore comunitario) viene concepito come "ideatore" (prima) e "controllore" (poi) degli assetti societari, con conseguente coerenza in tal senso, da parte della Banca d'Italia (nonostante il suo disallineamento – nella "trasposizione" nell'ordinamento nazionale – dall'impostazione "organica" insita nella direttiva CRD IV), delle clausole al riguardo previste nelle Disposizioni di Vigilanza sull'espletamento in forma collegiale di tali ruoli da parte (nel "nostro" caso) del c.d.a.

Considerando l'attribuzione all'intero organo di gestione, nell'ambito della normativa comunitaria, dell'esercizio (collegiale) dei compiti per la definizione, valutazione e salvaguardia degli assetti societari, nonché la “nazionalizzazione” – a livello domestico – di tale attribuzione (con riferimento al consiglio di amministrazione nel sistema cd. “tradizionale”), si è quindi ravvisata la necessità di verificare (al fine di rendere riscontro ai quesiti posti nel capitolo n. 1) se la frattura così creata rispetto all'impianto codicistico *ex art. 2381 c.c.* possa considerarsi legittima o meno alla luce degli artt. 41 e 47 Cost., data la compressione della libertà dell’“imprenditore” bancario nello strutturare la propria *governance*.

Viene quindi fornita risposta affermativa, ritenendosi possibile e ammissibile che nella disciplina delle banche (legittimata dall'art. 53, comma 1, lett. d, T.U.B.), anche con clausole di maggior dettaglio (nel “solco”) delle prescrizioni europee, vi sia una differente modulazione dell'operatività del consiglio di amministrazione rispetto al modello proprio delle società per azioni comuni. Viene altresì precisato che tale posizione incardina le proprie fondamenta in ragioni giuspubblistiche (da un lato) e meramente civilistiche (dall'altro lato), che vengono illustrate.

Tuttavia, sul diverso piano dell'*opportunità* (non ravvisandosi elementi di *incostituzionalità*), viene espresso l'auspicio personale per un “avvicinamento” delle Disposizioni di Vigilanza all'impianto codicistico in esame al fine di rendere più efficiente l'azione amministrativa (che, evidentemente, ove non vincolata alla collegialità, beneficerebbe di maggior tempestività e minor burocratizzazione), nonché di sollevare gli amministratori delle banche dalle gravose responsabilità necessariamente, ad oggi, incombenti sugli stessi per i loro doveri collegiali di definizione, approvazione e salvaguardia degli assetti societari, con evidenti (e intense) ricadute sull'altro loro dovere di agire in modo informato.

Viene, quindi, da ultimo (§ 3.3) indagato il campo di operatività della cd. “*business judgment rule*” rispetto agli obblighi dei componenti l'organo amministrativo nella realtà bancaria in tema di assetti societari (inclusivi del sistema dei controlli interni), di cui viene confermata l'obbligatorietà alla luce della specifica normativa di settore, con affermata esclusione, invece, dell'applicabilità a tale realtà delle tesi proposte nel capitolo n. 2 sulla base degli indici rivelatori della (eventuale) crisi dell'impresa fissati nel Codice (appunto) della Crisi (che ai sensi dell'art. 12, comma 5, del detto Codice non si applicano alle banche).

Viene quindi affermato come, alla luce del contenuto molto analitico delle Disposizioni di Vigilanza (con particolare riferimento al sistema dei controlli interni), sia difficilmente individuabile l'esatto ambito di operatività della *rule* in esame in favore degli amministratori degli istituti di credito, pur comunque dovendosi riconoscere, in via astratta e generale, l'applicazione di tale *rule* anche in favore di costoro (limitatamente, tuttavia, alle scelte discrezionali consentite dalla normativa di settore).

Viene altresì precisato che la problematica applicazione della cd. "*business judgment rule*" si intensifica in ragione della peculiare diligenza a cui sono soggetti, nell'ambito bancario, i consiglieri non esecutivi nell'esercizio del loro dovere di agire in modo informato, considerando infatti che, per la definizione, approvazione e salvaguardia di adeguati, efficienti ed efficaci assetti societari, tutti i componenti del c.d.a. sono classificabili come "non esecutivi" (dovendo infatti gli stessi adempiere collegialmente, *ex lege*, a tali compiti stante l'interpretazione del dato normativo fornito dall'esponente), con conseguente attribuzione a ciascuno di tali componenti del dovere di agire in modo informato secondo l'elevato grado diligenziale (sotto il profilo informativo) loro richiesto dalla Banca d'Italia.

Viene quindi proposto che, a tali amministratori, considerati nel loro *plenum*, non siano pedissequamente applicabili i criteri distintivi indicati nel precedente capitolo n. 2 in ordine all'identificazione delle responsabilità dei consiglieri di amministrazione di s.p.a. (considerati nella loro ripartizione tra deleganti e delegati quali soggetti gravati, rispettivamente, del dovere di "valutare" e "curare" la struttura societaria) rispetto ai danni eventualmente derivanti (alla società e ai soci, creditori e terzi) dal compimento di un atto gestionale.

Data la ravvisata corresponsabilità, rispetto agli assetti societari, di tutti i consiglieri di banca, vengono offerti dall'esponente (sotto forma di tesi personale) "elementi" di attenuazione di tale corresponsabilità, volti all'esonero ovvero graduazione della stessa.

Viene quindi svolta la disamina della posizione assunta dalla Corte di Cassazione sulle tematiche sopra indicate, nonché delle tesi formatesi in dottrina su tale posizione (che pare ormai essersi consolidata sull'attribuzione ai consiglieri deleganti nell'ambito della s.p.a. bancaria di oneri più stringenti di quelli dei "pari")

nelle comuni società azionarie), con la specificazione che i Giudici di legittimità hanno reso l'unica (possibile) interpretazione del dato normativo.

Pertanto, in via conclusiva, viene esposto che gli interessi giuspubblicistici connotanti l'impresa bancaria e le sue regole di *governance* (intesi come sana e prudente gestione dell'ente anche ai fini della stabilità complessiva del mercato) e valevoli, altresì, quali «fini sociali» ex art. 41 Cost., sono idonei a giustificare dal punto di vista costituzionale la peculiare normativa del relativo settore per l'esercizio collegiale dei compiti dei consiglieri di amministrazione di banca in ordine all'approvazione, definizione e salvaguardia degli assetti societari (con – purtroppo – le gravose “ricadute” sui profili di responsabilità per la compagine delegante anche secondo quanto ritenuto ad oggi dalla Corte di Cassazione). Viene tuttavia espresso l'auspicio, in una prospettiva (soprattutto) rivolta a consentire (per i suddetti compiti) un minor allineamento delle responsabilità tra amministratori deleganti e amministratori delegati dell'impresa bancaria, un *opportuno* “avvicinamento” della disciplina speciale al modello codicistico (garante di una maggior tutela in favore dei consiglieri non esecutivi).

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

CORTE DI GIUSTIZIA UE

Corte Giustizia UE, 19 novembre 2015, causa C-74/2015 (ord.), in *Banca borsa tit. credito*, 2017, 269, con note di M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, *ivi*, 281, e di L. VIZZONI, *Cassazione e vicenda fideiussoria: fra qualifica soggettiva del garante e abusi del creditore*, *ivi*, 290 (di commento anche della successiva ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 settembre 2016, causa C-534/2015, *ivi*, 269).

Corte Giustizia UE, 13 settembre 2018, causa C-594/2016, in *Giur. comm.*, 2019, 949/II, con nota di D. PALAZZO, *Diritto d'accesso e segreto d'ufficio nell'ambito della vigilanza bancaria*, *ivi*, 955/II.

CORTE COSTITUZIONALE

Corte Cost., 4 maggio 1993, n. 143, in www.cortecostituzionale.it, sezione *Ricerca pronunce*.

CASSAZIONE

Cass. pen., 4 maggio-19 giugno 2007, n. 23838, in *Giur. comm.*, 2008, 369/II, con nota (adesiva) di R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, *ivi*, 377/II.

Cass. 10 gennaio 2013, n. 400, www.cortedicassazione.it, sezione *Servizio online* (v. *SentenzeWeb*).

Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.*, 2015, 24/II ss., con nota di A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, *ivi*, 2015, 27/II ss.

Cass. 27 dicembre 2013, n. 28669, in *Giur. it.*, 2014, 2208, con nota di C. DIONISIO, *Business judgment rule tra vecchio e nuovo diritto*, *ivi*, 2209.

Cass., 7 agosto 2014, n. 17799, in banca dati *Dejure*.

Cass., 2 febbraio 2015, n. 1783, in *Società*, 1317, con nota di L. LOPEZ, *Discrezionalità degli amministratori di S.p.a., diligenza e dovere di agire in modo informato*, ivi, 1319.

Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giur. comm.*, 2017, 546/II, con nota di F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di “sistema”?*», ivi, 549/II.

Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in *Giur. comm.*, 2017, 835/II, con nota di P. PIAZZA, *La Cassazione torna sulla responsabilità degli amministratori senza deleghe: problemi risolti e questioni ancora aperte*, ivi, 842.

Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Giur. comm.*, 2019, 571/II, con nota di S. D’ORSI, *Nullità dell’intesa e contratto “a valle” nel diritto antitrust*, ivi, 575/II, e in www.cortedicassazione.it, sezione Servizio online (v. *SentenzeWeb*).

Cass. 29 dicembre 2017, n. 31204, in *Società*, 2018, 691, con nota di G. MILANO, *Responsabilità degli amministratori non esecutivi per colpa nella conoscenza e colpa nell’attivazione*, ivi, 695.

Cass., 16 luglio 2018, n. 18846, in www.cortedicassazione.it, sezione Servizio online (v. *SentenzeWeb*).

Cass., 29 ottobre 2018, n. 27365, in *Giur. it.*, 2019, 856, con nota di F. RIGANTI, *Amministratori non esecutivi di banca: informazione, sanzioni e responsabilità*, ivi, 857.

Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, in www.cortedicassazione.it, sezione Servizio online (v. *SentenzeWeb*).

Cass., 19 febbraio 2020, n. 4175, in www.cortedicassazione.it, sezione Servizio online (v. *SentenzeWeb*).

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4712 (ord.), in www.giustizia-amministrativa.it, sezione *Decisioni e Pareri*.

Cons. Stato, 31 luglio 2017, n. 3822, in www.giustizia-amministrativa.it, sezione *Decisioni e Pareri*.

CORTE D’APPELLO

App. Venezia, 1° giugno 2013, n. 1287.

App. Bari, 21 marzo 2018, n. 526, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*).

TRIBUNALE

Trib. Prato, 14 settembre 2012 (ord.), in *www.ilcaso.it*, sezione *Archivi*, sottosezione *Diritto Societario e Registro Imprese* (v. *Merito*).

Trib. Milano (ord.), 12 dicembre 2012, in *Giur. comm.*, 2013, 1073/II, con nota di M.S. SPOLIDORO, *Poteri di controllo individuale degli amministratori “non delegati” nelle società per azioni*, *ivi*, 1077/II.

Trib. Milano, 3 marzo 2015, in *Giur. comm.*, 2016, 332/II, con nota di S. CORRADI, *Dovere di agire in modo informato degli amministratori*, *ivi*, 339/II.

Trib. Milano, 30 gennaio 2018, in *Giur. comm.*, 2019, 1129/II, con nota di E. MARCHISIO, *Diligenza della decisione gestoria assunta sulla base di informazioni soggettivamente adeguate, se pure oggettivamente insufficienti*, *ivi*, 1134/II.

Trib. Brescia, 22 maggio 2018, n. 1548, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*).

Trib. Roma, 26 luglio 2018 (ord.), in *Banca borsa tit. credito*, 2020, 103, con nota di F. SCHIAVOTTIELLO, *Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle di un'intesa vietata*, *ivi*, 110 (commento inerente anche a Trib. Rovigo, 9 settembre 2018 – ord. – e Trib. Treviso, 7 giugno 2018).

Trib. Treviso, 26 luglio 2018, n. 1623, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*).

Trib. Salerno, 23 agosto 2018, n. 3016, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*).

Trib. Taranto, 8 agosto 2019, n. 2127, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*).

Trib. Salerno, 5 febbraio 2020, n. 480, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*).

Trib. Imperia, 14 maggio 2020, n. 238, in *www.ilcaso.it*, sezione *Bancario*, sottosezione *Garanzie* (v. *Fideiussione*).

DECISIONI LABE

ABF, Collegio di Roma, 26 luglio 2013, n. 4109, in www.arbitrobancariofinanziario.it, sezione *Decisioni*.

ABF, Collegio di Coordinamento, 8 giugno 2016, n. 5368, in www.arbitrobancariofinanziario.it, sezione *Decisioni*.

ABF, Collegio di Milano, 27 settembre 2016, n. 8296, in www.arbitrobancariofinanziario.it, sezione *Decisioni*.

DOTTRINA

P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, Torino, UTET, 2007.

S. ALVARO, M. MAUGERI, G. STRAMPELLI, *Investitori istituzionali, governo societario e codici di stewardship*, in www.consob.it, sezione *La Consob e le sue attività*, sottosezione *Pubblicazioni* (v. *Studi e ricerche* e, successivamente, *Quaderni giuridici*), n. 19 (gennaio 2019).

C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2017, 643/I.

S. AMOROSINO, *La conformazione regolatoria della governance delle società bancarie da parte della Banca d'Italia*, in A. PRINCIPE (a cura di), *Il governo delle banche*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2015.

C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, ed. II, 2006.

L. ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Riv. società*, 2014, 1308.

G. ARIOLLI, *La tutela del risparmio. Quaderno di sintesi della giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, sezione *Studi e documentazione*, sottosezione *Quaderni e ricerche* (v. *Principi e diritti fondamentali*).

A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971.

L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413.

- M. BERTOLISSI, *Tutela del risparmio e disciplina del credito come problema costituzionale*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2014.
- M. BERTOLISSI, *Crisi e riforma del sistema finanziario*. Appunti in tema di *governance* bancaria, in *Lo Stato*, 2015, 49.
- V.G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2011.
- F. BONELLI, *Presidente del consiglio di amministrazione di s.p.a.: poteri e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2013, 215/I.
- C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Il Mulino, ed. III, 2020.
- E. BRODI, *L'applicazione del diritto antitrust nei settori speciali «tradizionali» (bancario e assicurativo). Anni 2003, 2004, 2005 e primo semestre 2006*, in *Concorrenza e mercato*, 2005-2006, 121.
- M. BROGI, *Relazione* (nella «tavola rotonda» conclusiva della seconda sessione del convegno di Courmayeur, 22-23 settembre 2017), in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *La Banca nel nuovo ordinamento europeo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2018.
- V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 5/I.
- C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *www.costituzionalismo.it*, sezione "Indice fascicoli" (v. fascicolo n. 2/2016), 39.
- V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in P. BENAZZO, M. CERA, S. PATRIARCA, *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*. Studi in onore di Giuseppe Zanarone, Torino, UTET, 2011.
- V. CALANDRA BUONAURA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, in http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/43960/incontro_di_studio_del_10.07.15_-_intervento_di_vincenzo_calandra_buonaaura.pdf

- V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione dell'impresa della società per azioni nella riforma*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2015.
- V. CALANDRA BUONAURA, *La Corporate Governance delle banche tra autonomia e regolamentazione*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *La Banca nel nuovo ordinamento europeo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2018.
- O. CAPOLINO, *Le Autorità*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in E. PICOZZA, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, V, Padova, Cedam, 2008.
- O. CAPOLINO, *Il governo societario delle banche: regole e strumenti nelle disposizioni di vigilanza e nelle norme europee*, in A. PRINCIPE (a cura di), *Il governo delle banche*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2015.
- R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in www.federalisimi.it, sezione *Banche dati* (v. fascicolo n. 1/2016),
- G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 161.
- S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Editori Laterza, ed. V, 2012.
- S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in www.bancaditalia.it, sezione *Pubblicazioni*, sottosezione *Quaderni di Ricerca Giuridica* (v. fascicolo n. 75/2014), 15.
- M. CERA, *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Riv. società*, 2015, 947.
- M. CERIONI, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- D. CESIANO, *L'applicazione della "Business Judgement Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, 941/II.
- F. CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario*, Wolters Kluwer, Milano, ed. V, 2020.
- M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, 2019, 32/I.

- A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/issue/view/172/showToc>.
- M. CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. comm.*, 2010, 129/II (nota a Trib. Palermo, 13 marzo 2008, *ivi*, 121/II).
- P. CORRIAS, *Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. civ.*, 2015, 617.
- R. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, 1270/I.
- R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, ed. V, 2012.
- R. COSTI, *Relazione introduttiva* (alla seduta antimeridiana del convegno di Salerno, 27 giugno 2014), in A. PRINCIPE (a cura di), *Il governo delle banche*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2015.
- R. COSTI, *Intervento di apertura*, in www.bancaditalia.it, sezione *Pubblicazioni*, sottosezione *Quaderni di Ricerca Giuridica* (v. fascicolo n. 86/2019), 21.
- A. DE NICOLA, *Commento all'art. 2381 c.c.*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Egea-Giuffrè, 2005.
- A. DE NICOLA, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Egea-Giuffrè, 2005.
- P. DE VECCHIS, *Banca d'Italia*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, UTET, 1987.
- L. DELLA LUNA MAGGIO, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, in *Rivista AIC*, 2015, 1.
- A. DI BIASE, *La validità e l'estinzione della fideiussione*, in V. CUFFARO (opera diretta da), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Zanichelli, Torino, 2014.
- L. DONATO, *La specialità della società bancaria alla luce della nuova disciplina della vigilanza europea sulla governance*, in A. BRONZETTI (a cura di), *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*, Milano, Giuffrè, 2016.
- G. FERRI, *Banca d'Italia*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959.

- G. FERRI, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'attività bancaria*, in *Banca borsa tit. credito*, 1975, 1.
- P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*, Torino, Giappichelli, ed. III, 2012.
- S. FORTUNATO, *Credito e ordinamento costituzionale*, in *Banca borsa tit. credito*, 1990, 585.
- E. FREGONARA, M. CAVANNA, *La struttura ed il funzionamento*, in M. IRRERA (diretto da), *Diritto del governo delle imprese*, Torino, Giappichelli, ed. II, 2020.
- C. FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di "Organo con funzione di supervisione strategica"*, in *Banca borsa tit. credito*, 2015, 485.
- G. GANDOLFI, *Legge bancaria e Costituzione. 'Premesse' ad un corso di Diritto privato bancario*, in *Giur. it.*, 1975, IV, 1.
- F. GENNARI, *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2018, 293/I.
- P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, conferenza tenuta a Roma, ABI, Palazzo Altieri, 19 maggio 2017, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Risparmio.pdf.
- P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, in www.cortecostituzionale.it, sezione *Archivio*, sottosezione *Gli altri interventi dei Presidenti*.
- M. IRRERA, *Dall'adeguatezza degli assetti organizzativi al sistema monistico quale "assetto organizzativo adeguato"?*, in G. MOLLO (a cura di), *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, in www.consob.it, sezione *La Consob e le sue attività*, sottosezione *Pubblicazioni* (v. *Studi e ricerche* e, successivamente, *Quaderni giuridici*), n. 9 (ottobre 2015), 85.
- M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in <http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/12008/irrera.pdf>.

- M. IRRERA, M. SPIOTTA, M. CAVANNA, *Gli obblighi e i doveri*, in M. IRRERA (diretto da), *Diritto del governo delle imprese*, Torino, Giappichelli, ed. II, 2020.
- A.G. LANZAFAME, *Credito e Costituzione: dal risparmio come «bene comune» al principio di accessibilità. Temi e problemi di democrazia economica*, in www.costituzionalismo.it, sezione “Indice fascicoli” (v. fascicolo n. 1/2019), 1.
- R. LENER, *Le nuove regole in materia di supervisione strategica e di gestione delle banche*, in A. PRINCIPE (a cura di), *Il governo delle banche*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2015.
- G. LUSIGNANI, *Corporate Governance, business model e performance delle banche europee*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *La Banca nel nuovo ordinamento europeo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2018.
- G. MINERVINI, *Impresa bancaria e Costituzione*, in *Banca borsa tit. credito*, 1988, 657.
- B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in www.osservatoriosullefonti.it, sezione Archivi, sottosezione Archivio volumi Osservatorio (v. Osservatorio 1996).
- A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Rivista ODC*, 2017.
- A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 1165/I.
- P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42.
- P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa tit. credito*, 2015, 7070.
- A. NIGRO, “Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, 457/I.
- A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *La Banca nel nuovo ordinamento europeo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2018.

- G. PASCALE, *Fideiussione omnibus*, in R. CLARIZIA (a cura di), *Garanzie reali e personali. Costituzione, tutele sostanziali e strategie processuali*, Padova, Cedam, 2011.
- A. PATUELLI, *Intervento del Presidente ABI (alla, n.d.r.) lectio magistralis del Presidente della Corte Costituzionale prof. Paolo Grossi* in *www.abi.it*, sezione *Info*, sottosezione *Orientamenti*.
- A. PATUELLI, *I doveri e le responsabilità degli amministratori delle imprese bancarie. Board members' duties and responsibilities in banking*, in *Bancaria*, 2014, 2.
- F. PEDRINI, *Principi costituzionali in tema di consumo*, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2010.
- F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013.
- F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza. Un'analisi costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019.
- O. PINI, *La precettività del valore del risparmio nella tutela del risparmiatore o «consumatore di servizi finanziari»*, in *Rivista AIC*, 2019, 169.
- F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015.
- P. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, 1167.
- G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2, Torino, UTET, 2007.
- G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, 48.
- M. REBOA, *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2010, 657/I.
- P. RESCIGNO, *Sulla Costituzione economica*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2014.
- F. RIGANTI, *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019.

- S. ROSSI, *Intervento di apertura*, in www.bancaditalia.it, sezione *Pubblicazioni*, sottosezione *Quaderni di Ricerca Giuridica* (v. fascicolo n. 75/2014).
- F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione Bancaria europea e Costituzione*, Milano, Wolters Kluwer, 2019.
- P.M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in P. ABBADESSA,
- G. SANGIORGIO, *Credito (ordinamento amministrativo del)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, UTET, 1989.
- F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, 569.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca borsa tit. credito*, 2010, 137.
- S. SCOTTI CAMUZZI, *Le nuove disposizioni di vigilanza sul sistema dei controlli interni nelle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca borsa tit. credito*, 2014, 147.
- F. SCUTO, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*, in www.federalismi.it, sezione *Banche dati* (v. fascicolo n. 5/2019), 169.
- P. SINGER, C.A. SIRIANNI, *La corporate governance nelle imprese bancarie*, Torino, Giappichelli, 2018.
- M. STELLA RICHTER JR, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamenti di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in *Riv. soc.*, 2018, 320.
- M. SPIOTTA, *Le responsabilità*, in M. IRRERA (diretto da), *Diritto del governo delle imprese*, Torino, Giappichelli, ed. II, 2020.
- U. TOMBARI, *Relazione introduttiva* (alla seconda sessione del convegno di Courmayeur, 22-23 settembre 2017), in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *La Banca nel nuovo ordinamento europeo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2018.
- F. VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, 2008, 1276/I.
- F. VELLA, G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Il Mulino, Bologna, 2019.

- L. VESPIGNANI, *Produzione e consumo fra diritti e tutele*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Multiculturalismo, Comunicazione, Federalismo*, Torino, Giappichelli, 2005.
- A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, 128/I.
- A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, ed. VI, 2018.
- L. VIGNUDELLI, *Contrattazione telematica e intermediazione finanziaria*, Torino, Giappichelli, 2009.
- I. VISCO, *L'economia italiana e le banche: implicazioni della pandemia e prospettive*, in www.bancaditalia.it, sezione *Pubblicazioni*, sottosezione *Interventi del Governatore* (intervento alla riunione del Comitato esecutivo dell'ABI del 16 settembre 2020).