

## CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 59-2008/I

### Organizzazione «strutturale» e organizzazione «procedimentale» del consiglio di sorveglianza

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 13 marzo 2008

**SOMMARIO:** 1. Fenomenologia organizzativa del consiglio di sorveglianza. - 2. Tipizzazione delle regole organizzative e gerarchia delle loro fonti. Autonomia dispositiva del consiglio di sorveglianza e organizzazione strutturale del concreto esercizio delle funzioni, delle competenze e dei poteri dell'organo. - 3. Unicità ovvero duplicità di funzioni del consiglio di sorveglianza e riflessi sull'articolazione della struttura interna dell'organo. La partecipazione dei consiglieri di sorveglianza alle riunioni dei consigli di gestione.- 4. (Segue): incremento delle funzioni del consiglio di sorveglianza e accrescimento del ruolo dei comitati. Articolazione strutturale per comitati ed esercizio dei poteri "istruttori" del consiglio di sorveglianza.

#### 1. Fenomenologia delle regole organizzative del consiglio di sorveglianza

Con l'espressione "organizzazione interna del consiglio di sorveglianza" si può alludere, in senso lato, all'insieme di regole, di differente derivazione, disciplinanti essenzialmente l'*articolazione strutturale* e il *funzionamento procedurale* dell'organo (c.d. organizzazione "strutturale" e "procedurale") <sup>(1)</sup>.

Più precisamente, per "organizzazione interna" – quale compendio delle regole di azione che presiedono all'esercizio delle funzioni, delle competenze e dei poteri dell'organo- s'intende qui, nel complesso:

(i) l'organizzazione della *struttura* del consiglio di sorveglianza;

(ii) l'organizzazione del *concreto esercizio delle funzioni e delle competenze* intestate all'organo;

(iii) l'organizzazione del *concreto esercizio dei compiti e dei poteri* assegnati agli "uffici individuali" e "collegiali" in cui risulta articolata la struttura, come even-

tualmente dei compiti e dei poteri attribuiti o comunque vantati dai singoli componenti del consiglio di sorveglianza;

(iv) l'organizzazione dei *processi e delle prassi decisionali* che traducono l'esercizio delle funzioni e delle competenze dell'organo, dalla loro fase preparatoria-istruttoria a quella dell'adozione della decisione, passando per le fasi intermedie della partecipazione ai e dello svolgimento dei processi decisionali medesimi.

E' chiesto all'interprete di cogliere con chiarezza, evidenziare con forza e sviluppare nelle sue molteplici implicazioni teoriche e conseguenze applicative il nesso intercorrente tra efficace esercizio delle funzioni del consiglio di sorveglianza ed efficiente assetto organizzativo dell'organo <sup>(2)</sup>.

Una puntuale, ma non virulenta, formulazione delle regole organizzative interne del consiglio di sorveglianza è opportuna, per molti aspetti necessaria e configurabile quale oggetto di autonomi doveri e competenza dell'organo <sup>(3)</sup>. Alla conformità della sua azione ai principi e criteri informanti l'esplicazione delle funzioni e delle connesse competenze presiede anche, infatti, un'accorta "gestione" dell'elemento organizzativo da parte dei componenti <sup>(4)</sup>.

L'efficace esercizio delle funzioni e delle competenze si atteggia quale ricaduta di un'efficiente organizzazione interna delle medesime funzioni, nella misura in cui organizzare strutturalmente e proceduralmente l'organo significa, all'evidenza, organizzare lo svolgimento delle funzioni per facilitarne (rendendolo più flessibile e fluido) e migliorarne (innalzandone la qualità di resa) l'esercizio.

Tanto il codice civile, quanto il Testo Unico della Finanza e quello bancario e creditizio adottano un approccio minimale alla materia delle regole organizzative interne del consiglio di sorveglianza. Scarne le disposizioni di principio formulate, peraltro afferenti, e in modo pure parziale, solo ad alcuni profili tra quelli potenzialmente concernenti l'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza. Si contano unicamente disposizioni dedicate alla composizione quantitativa <sup>(5)</sup> e qualitativa <sup>(6)</sup> del consiglio di sorveglianza (art. 2409 *duodecies*, commi 1, 4, 6, 10, 11, c.c.; art. 148, commi 4 e 4 *bis*, t.u.f.; art. 26 t.u.b.c.) <sup>(7)</sup>, ai limiti al cumulo degli incarichi (art. 148 *bis* t.u.f.), al presidente dell'organo (art. 2409 *duodecies*, comma 9°, c.c.), alla partecipazione dei componenti del consiglio di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione (art. 2409 *terdecies*, comma 4°, c.c.; art. 149, comma 4° *bis*, t.u.f.), alla convocazione di riunioni consiliari su istanza individuale di un componente (art. 151 *bis*, comma 2°, t.u.f.), ai presupposti di regolare costituzione e deliberazione del consiglio di sorveglianza (2409 *quaterdecies* c.c., nel rinvio agli artt. 2388 e 2404, comma 4°, c.c.), alla diffusione intraorganica delle notizie ottenute dal singolo consigliere di sorveglianza dal consiglio di gestione da costui appositamente sollecitato (art.151 *bis*, comma 1°, t.u.f.), alla delega di poteri ispettivi a un componente dal consiglio di sorveglianza (art. 151 *bis*, comma 4°, t.u.f.).

L'atteggiamento dimesso del legislatore si contrassegna come una scelta voluta e consapevolmente perseguita. I primi testi degli articolati disciplinanti il sistema dualistico formulati in sede di riforma organica della disciplina sostanziale della disciplina delle s.p.a. e delle cooperative contenevano infatti ulteriori norme in tema di funzionamento e organizzazione del consiglio di sorveglianza <sup>(8)</sup>, nonché di comitati <sup>(9)</sup>. Norme scomparse nei successivi testi preparatori dedicati al consiglio di sorveglianza, per non fare più ritorno nelle disposizioni definitive contemplate agli artt. 2409 *duodecies*-2409 *terdecies* c.c. e per non ricomparire nemmeno altrove, in sede di disciplina legislativa o regolamentare del sistema dualistico delle società quotate <sup>(10)</sup>.

Si è convinti che il non interventismo legislativo non chiuda ma anzi apra spazi di supplenza (anche necessaria) degli statuti e/o del consiglio di sorveglianza <sup>(11)</sup>, secondo sfere d'incidenza di ognuna delle quali - proprio in ragione delle peculiarità del sistema dualistico e in particolare delle specificità del consiglio di sorveglianza <sup>(12)</sup> - va attentamente valutato se sia di pertinenza esclusiva dello statuto ovvero del regolamento e di deliberazioni dell'organo (c.d. atti decisionali autonomi del consiglio di sorveglianza); oppure se si presti alla possibile concorrenza delle differenti fonti di produzione disciplinare.

D'altra parte, almeno per le banche, la formulazione di regole a presidio di profili organizzativi del consiglio di sorveglianza lasciati sguarniti dalla disciplina generale di riferimento dell'organo si prefigura, a seconda dei casi, inevitabile ovvero auspicabile alla luce dalle disposizioni regolamentari e da quelle di vigilanza in materia di organizzazione e governo delle banche <sup>(13)</sup>, sviluppo e approdo più recente della nuova disciplina nazionale prudenziale delle banche <sup>(14)</sup> occasionata da principi e linee guida messi a punto dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria <sup>(15)</sup>.

## **2. Tipizzazione delle regole organizzative e gerarchia delle loro fonti - Autonomia dispositiva del consiglio di sorveglianza e organizzazione strutturale del concreto esercizio delle funzioni, delle competenze e dei poteri dell'organo**

L'esiguità delle norme legali organizzative dedicate al consiglio di sorveglianza può e deve essere colmata tramite regole le cui fonti di produzione sono plurime e ordinabili secondo la distinzione tra organizzazione strutturale del concreto esercizio delle funzioni del consiglio di sorveglianza e organizzazione procedimentale della sua azione.

All'opportunità ovvero alla necessità di formulare disposizioni organizzative dell'attività dell'organo suppletive e integrative di quelle di fonte legale si potrà così ovviare con statuto, regolamenti e singole deliberazioni adottati dal consiglio di sor-

veglanza, nonché con regolamenti di provenienza dei singoli comitati eventualmente ricavati nell'ambito dello stesso consiglio.

Questa elencazione di massima suggerisce immediatamente la distinzione tra autorganizzazione del consiglio di sorveglianza, a cui questo provvede direttamente con norme di propria produzione; ed eterorganizzazione del consiglio di sorveglianza, realizzata in virtù di regole di derivazione statutaria <sup>(16)</sup>.

La prima tipologia è costituita da regole che dovrebbero potere essere elaborate del tutto discrezionalmente dallo stesso consiglio di sorveglianza nell'esercizio di una propria completa autonomia dispositiva, in assenza quindi d'impulsi statuari e al riparo da imposizioni dello stesso statuto. Nella seconda tipologia potrebbero essere fatte rientrare regole dal consiglio di sorveglianza mutate dallo statuto ovvero prodotte assolvendo però a prescrizioni statuarie e/o esercitando opzioni offerte sempre dallo statuto.

Come oramai intuibile, la varietà delle possibili fonti dispositive dell'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza non trova riscontro nella disciplina del sistema dualistico contenuta nel codice civile e nel Testo Unico della Finanza <sup>(17)</sup>. Piuttosto, da questa complessiva normativa si evince che, laddove non disponga la legge, allo statuto sia ovvero possa essere demandato d'integrare le regole organizzative del consiglio di sorveglianza. Gli aspetti dell'organizzazione interna esplicitamente dischiusi a innesti statuari (non meramente riproduttivi di previsioni legislative) sono però, come accennato, davvero pochi: essenzialmente, oltre alle regole di composizione quantitativa e qualitativa dell'organo, i poteri del suo presidente.

Si diceva che qualche altro spazio per interventi statuari in tema viene ricavato, per le banche a sistema dualistico, dalla normativa di vigilanza: dove a risultare coinvolti dalla necessaria previsione (parrebbe) esclusivamente di apposite disposizioni statuarie sono i processi di adozione delle deliberazioni concernenti operazioni rispetto alle quali i consiglieri di sorveglianza siano titolari di interessi propri o altrui, l'attribuzione di poteri ispettivi al comitato del controllo interno da costituire nell'ambito del consiglio di sorveglianza con più di sei componenti, la partecipazione di almeno un componente del consiglio di sorveglianza (identificato poi "selettivamente" tra i soli membri del comitato per il controllo interno o, in mancanza, ai consiglieri professionalmente o per requisiti di indipendenza più idonei a svolgere la funzione di controllo) alle riunioni del consiglio di gestione <sup>(18)</sup>.

L'attenzione del legislatore per la regolamentazione statutaria di alcuni profili attinenti all'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza non può significare tuttavia né che altri profili non si prestino a essere considerati dal medesimo statuto; né che un ruolo fondamentale ed essenziale per la definizione dell'articolazione della struttura interna del consiglio di sorveglianza e per la determinazione delle

modalità di funzionamento dell'organo non possa ed anzi, per taluni aspetti, debba essere giocato da atti "dispositivi" dello stesso consiglio espressivi di una sua intangibile autonomia organizzativa.

Di fonti aggiuntive allo statuto disciplinanti l'organizzazione interna (anche) del consiglio di sorveglianza non fanno menzione espressa, ancora una volta, il codice civile e il Testo Unico della Finanza. Viceversa, a esse guardano, relativamente alle banche rette da sistema dualistico, le Disposizioni di Vigilanza. Per un verso, a livello di principio generale, rimandando anche a regolamenti quali sede delle «idonee cautele ... volte a prevenire i possibili effetti pregiudizievoli per l'efficacia dei controlli derivanti dalla compresenza nello stesso organo di funzioni di amministrazione e controllo» <sup>(19)</sup>; per altri versi, disponendo l'adozione di regolamenti interni dei comitati e di un apposito regolamento, di provenienza dell'organo con funzione di supervisione strategica (e che si preferisce ribattezzare funzione d'indirizzo strategico dell'impresa), il quale disciplini, tra l'altro, tempistica, forme e contenuti della documentazione da trasmettere ai singoli componenti dell'organo propedeutica all'adozione delle decisioni all'ordine del giorno, nonché i compiti e i doveri attribuiti ai presidenti dell'organo medesimo. La fonte regolamentare risulta quindi affiancata a quella statutaria, sebbene in posizione ancora assai defilata rispetto a questa.

Ad ogni buon conto e in particolare, a dispetto dell'assenza nel panorama normativo nazionale di disposizioni che contemplino l'adozione, facoltativa ovvero obbligatoria, da parte del consiglio di sorveglianza di un regolamento generale della propria organizzazione, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

A) Quanto al *potere o dovere* e alla *competenza* di adozione del regolamento, il consiglio di sorveglianza dovrebbe godere della competenza, in presenza o meno di apposita previsione statutaria, ad adottare un regolamento generale della propria organizzazione e a modificarlo e disattenderlo anche con sue singole deliberazioni.

Dall'assenza di una disposizione codicistica o nella disciplina degli emittenti che espressamente facoltizzi il consiglio di sorveglianza all'adozione di questo regolamento non si può arguire l'esistenza di una disposizione implicita a contenuto negativo. Al contrario, se appare fondato ritenere che l'organizzazione interna sia qualificabile come competenza "accessoria o annessa" del consiglio di sorveglianza, allora non si può certo impedire all'organo di dotarsi di un regolamento che, in parte in via autonoma e in parte mutuando dallo statuto, assembli le regole, di produzione propria o meno dell'organo, che realizzano quella organizzazione.

Al contempo, è sostenibile che il medesimo statuto prescriva l'adozione del regolamento da parte del consiglio di sorveglianza, senza tuttavia potere anche invadere, con ulteriori norme prescrittive, quelle aree di effettiva formulazione di regole concernenti l'organizzazione del concreto esercizio delle funzioni in cui sola è destinata a dispiegarsi l'autonomia organizzativa dell'organo <sup>(20)</sup>.

Ciò di cui non si può dubitare, insomma, è che (almeno) il potere del consiglio di sorveglianza di dotarsi di un regolamento della propria organizzazione interna possa essere autonomamente esercitato dall'organo anche in difetto di una disposizione statutaria che tale potere preveda. Dal canto suo, lo stesso statuto può, oltre che contemplare questo potere così lasciando nei fatti libero il consiglio di sorveglianza se dotarsi o meno del regolamento, imporne l'adozione al consiglio di sorveglianza, libero poi di regolare tutti gli aspetti organizzativi, nel rispetto dei vincoli di legge e di statuto e salva comunque la competenza esclusiva o comunque prevalente dell'organo su quei profili organizzativi per i quali è riconoscibile una sua inviolabile autonomia organizzativa <sup>(21)</sup>.

D'altro canto, la meritevolezza dell'adozione del regolamento generale organizzativo interno del consiglio di sorveglianza, pur in difetto di una corrispondente disposizione facoltizzante di legge o di statuto, rimanda alla universalmente colta configurazione del medesimo regolamento come strumento essenziale, dal rilevante significato pratico, di compiuta definizione dei principi di organizzazione strutturale e di funzionamento del consiglio di sorveglianza <sup>(22)</sup>.

*B)* Con riguardo al *contenuto* del regolamento generale – ma stesso discorso va fatto per le delibere con cui il consiglio di sorveglianza dispone sulla propria organizzazione interna - si è dell'idea che l'autonomia organizzativa dell'organo possa essere limitata e subire condizionamenti in relazione alle *regole propriamente formali-procedimentali* dell'organo. Ciò significa che lo statuto ben può riservarsi la formulazione di tali regole, di cui può poi anche imporre l'adozione al regolamento nel senso dallo stesso statuto prestabilito e che legittimato a modificare pure se si tratti di regole contenute nel regolamento. Peraltro, su questi aspetti dell'organizzazione il regolamento può altresì intervenire, pur sempre senza alterare il contenuto delle prescrizioni inderogabili di legge, laddove siano carenti o del tutto mancanti prese di posizioni dello statuto.

Viceversa, è verosimile ritenere che sussistano aree probabilmente intangibili di competenza autorganizzativa del consiglio di sorveglianza, coincidenti con la c.d. organizzazione strutturale del concreto esercizio delle funzioni (e delle connesse e implicate competenze) dell'organo, da sottrarsi a disposizioni esautoranti ovvero coercitive dello statuto, limitanti o vincolanti l'autonomia del consiglio di sorveglianza; e su cui desterebbero perplessità anche interventi costrittivi dello stesso legislatore, tesi a restringere o ridimensionare non marginalmente, in modo diretto o indiretto, l'autonomia organizzativa del consiglio di sorveglianza.

In altri termini, dal punto di vista contenutistico, il regolamento generale del consiglio di sorveglianza <sup>(23)</sup> e ogni delibera vertente sull'organizzazione dell'organo, tanto per cominciare, potrebbero certo contenere (replicandole dallo statuto se da questo dettate e/o "attuando" prescrizioni statutarie di carattere ge-

nerale in conformità alle medesime) disposizioni relative all'organizzazione formale-procedimentale dell'organo (ad esempio: composizione <sup>(24)</sup>, iniziativa di convocazione <sup>(25)</sup> e maggioranze costitutive e deliberative <sup>(26)</sup>; iniziativa di convocazione, *quorum* costitutivi e deliberativi dei comitati; formazione dell'ordine del giorno dell'organo <sup>(27)</sup> e dei comitati, informazioni preventive sugli argomenti all'ordine del giorno del consiglio di sorveglianza, frequenza delle sue riunioni <sup>(28)</sup>; gestione delle situazioni decisionali nelle quali i componenti del consiglio di sorveglianza o dei comitati siano portatori di interessi propri e altrui <sup>(29)</sup>, partecipazione alle riunioni del consiglio di sorveglianza dei componenti del consiglio di sorveglianza <sup>(30)</sup>, di componenti del consiglio di gestione o di altri non componenti dell'organo di controllo <sup>(31)</sup>; verbalizzazione di decisioni e motivazioni <sup>(32)</sup>, poteri del presidente dell'organo, poteri e doveri dei componenti del consiglio di sorveglianza).

Sono queste regole che, tuttavia, rientrano appunto pur sempre nella legittima sfera d'intervento primario dello statuto, secondo opzioni rispettose di quanto previsto dalla legge, con possibilità del regolamento o di delibere del consiglio di sorveglianza di mutuarle dalla fonte statutaria e legale e, ove non presenti nello statuto e non indicate dalla legge, al più d'integrarle <sup>(33)</sup>, nei limiti in cui si tratti di regole ammesse a essere predisposte dal consiglio di sorveglianza <sup>(34)</sup> e sempre senza alterazione di alcuna norma legale e disposizione statutaria.

Nello stesso regolamento generale o in delibere dell'organo <sup>(35)</sup> potranno essere contemplate inoltre regole pertinenti alla vera e propria organizzazione strutturale del concreto esercizio delle funzioni del consiglio di sorveglianza.

Si crede che nella formulazione di queste ulteriori regole organizzative lo statuto non dovrebbe poter imporre vincoli dispositivi al consiglio di sorveglianza. Legittimo è ipotizzare che le regole in parola rientrino nella c.d. autonomia o libertà organizzativa intangibile dell'organo <sup>(36)</sup>, fermi se del caso i soli limiti ricavabili da disposizioni normative legali o regolamentari <sup>(37)</sup>.

Se ben si osserva, infatti, - in aggiunta alla considerazione, di taglio generale, che mette capo alla teorizzazione (in altre esperienze ampiamente accreditata) dell'enucleazione di una vera e propria " (implicita) competenza" del consiglio di sorveglianza a dotarsi in via autonoma delle regole concernenti l'organizzazione strutturale del concreto esercizio delle sue funzioni - l'eventuale tangibilità di tali regole da parte dello statuto, come si vedrà, potrebbe sortire un duplice effetto, che al contrario si stima come da scongiurare: provocare una deriva disaggregante della titolarità unitaria della o delle funzioni del consiglio di sorveglianza e concretizzarsi in disposizioni che possono finire per alterare (*rectius*, differenziare) per volontà insindacabile dei soci i criteri d'imputazione della responsabilità dei singoli componenti del consiglio di sorveglianza.

La probabile preferibile intangibilità da parte dello statuto dell'autonomia del

consiglio di sorveglianza <sup>(38)</sup> nel dettare le regole di organizzazione strutturale, e non procedimentale, del concreto esercizio delle sue funzioni e competenze rappresenta il *prius* di cui la discrezionalità di massima dell'organo, non ridimensionabile almeno per via statutaria, di costituire comitati e di disciplinarne i profili squisitamente strutturali rappresenta il *posterius*. <sup>(39)</sup>.

Diversamente e più generalmente, l'organizzazione strutturale interna dei comitati attiene all'organizzazione strutturale interna del concreto esercizio delle funzioni e competenze del consiglio di sorveglianza, come tale con tutta probabilità da riservare all'autonomia decisionale dell'organo.

Di conseguenza, è in ragione di questa prospettata autonomia di organizzazione strutturale spettante al consiglio di sorveglianza che dovrebbe essere rimesso a quest'ultimo decidere, ad esempio, la costituzione dei comitati, la loro composizione, i loro compiti, attribuzioni e poteri, la nomina dei presidenti <sup>(40)</sup> (nel duplice senso del se nominarli e di chi nominare), i poteri di cui dotarli <sup>(41)</sup>.

Rispetto a questa area di regolamentazione organizzativa, allo statuto dovrebbe essere concesso, al più, di stabilire, con riguardo alla questione di vertice (creazione dei comitati), che il consiglio di sorveglianza possa costituire comitati. Ma simile disposizione, come notato, non ha l'effetto di riconoscere all'organo un potere-diritto d'istituzione dei comitati che in carenza di previsione statutaria non ricorrerebbe, giacché viceversa tale potere-diritto preesiste a ogni attribuzione statutaria e anche in contrasto con essa. In questo senso, lo statuto non attribuisce né sottrae al consiglio di sorveglianza alcun potere che esso già non vantasse in ragione dell'autonomia di organizzazione strutturale; non può imporre né vietare al medesimo organo la costituzione dei comitati.

In questo senso, suonerebbe come indicativo di una non persuasiva inversione metodologica il ragionamento che provasse a decretare, oltre che per le regole procedurali anche per quelle di organizzazione strutturale del concreto esercizio delle funzioni, una subordinazione della fonte regolamentare-deliberativa del consiglio di sorveglianza a quella statutaria invocando la scelta del legislatore di tralasciare l'originaria formulazione normativa <sup>(42)</sup> - usuale in altre esperienze legislative <sup>(43)</sup> - che riconosceva al consiglio di sorveglianza il potere di costituire comitati, per imputarle proprio il significato di avere espropriato, a beneficio dello statuto, il consiglio di sorveglianza di una posizione di originaria preminenza nella determinazione dell'organizzazione strutturale del concreto esercizio delle sue funzioni tramite la costituzione di comitati nel suo ambito <sup>(44)</sup>.

La conclusione non è toccata nemmeno se si ritenesse di attribuire a quella iniziativa, o in ogni caso all'attuale assetto normativo, il significato dell'intenzione di realizzare un'equiparazione gerarchica tra statuto e atti di autorganizzazione di provenienza del consiglio di sorveglianza; e, quindi, di dar vita a una competenza rego-

lamentare concorrente tra statuto (soci) e consiglio di sorveglianza anche in tema di costituzione dei comitati.

In realtà, se si conviene che in ogni caso il principio meritevole di salvaguardia sia quello dell'autonomia del consiglio di sorveglianza di organizzazione strutturale del concreto esercizio delle sue funzioni nel senso sopra ricostruito <sup>(45)</sup>, questa eventuale competenza concorrente non potrebbe comunque sortire l'effetto di consentire allo statuto di anticipare in modo vincolante il consiglio di sorveglianza nelle sue scelte di concreta organizzazione interna non lasciandogli la possibilità di dettare regole differenti. Sicché, al proposito, il consiglio di sorveglianza dovrebbe potere non solo supplire all'eventuale silenzio dello statuto, ma anche modificare una scelta organizzativa in esso fissata relativa ai comitati, creando così un contrasto tra regole risolvibile pur sempre nel senso di una prevalenza di quelle emanate dal consiglio di sorveglianza su quelle di conio statutario.

Nell'esercizio di questa autonomia – e, pertanto in riferimento alle regole di sua esclusiva pertinenza - , il consiglio di sorveglianza potrebbe optare di fissare nel dettaglio le regole di concreta organizzazione dei comitati o di alcuni di essi <sup>(46)</sup>, regole che andranno poi riprodotte e confermate negli eventuali singoli regolamenti approntati da ciascun comitato.

Ma l'organo potrebbe anche scegliere di prevedere solo regole generali (ad esempio, costituzione, tipi e compiti essenziali dei comitati), demandando poi ai regolamenti apprestati dai singoli comitati le regole di dettaglio (ad esempio, numero dei componenti, presidenti), che non dovranno però contrastare in alcun modo con quelle del regolamento generale: regole, quelle apprestate dai comitati, che potranno essere sempre in seguito modificate dal consiglio di sorveglianza, tramite integrazioni del proprio regolamento oppure con singole deliberazioni.

La sovraordinazione dell'autonomia organizzativa strutturale del consiglio di sorveglianza (e di conseguenza del suo regolamento generale e di sue delibere integrative, modificative, sostitutive) anche sull'autonomia organizzativa dei singoli comitati (e quindi sui loro regolamenti specifici) implica che, in carenza di adozione dei regolamenti da parte dei comitati, si applicherà quanto previsto dal regolamento generale, a sua volta rispettoso dello statuto per gli aspetti (formali-procedimentali) di competenza di questo.

Le considerazioni che precedono rispondono a principi che si prediligono invocabili al fine di orientare nella definizione dell'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza di qualunque società a sistema dualistico.

Senonché, questi principi paiono finire per soffrire non marginali ritocchi e non indifferenti rivisitazioni per le banche a sistema dualistico laddove si tenga conto delle conseguenze applicative finali cui conduce in materia l'applicazione delle Disposizioni di Vigilanza <sup>(47)</sup>. E ciò in nome della perseguita tutela degli specifici prin-

cipi, riferiti alle banche, della chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, dell'appropriato bilanciamento dei poteri, dell'equilibrata composizione degli organi, dell'efficacia dei controlli, del presidio dei rischi aziendali e dell'adeguatezza dei flussi informativi <sup>(48)</sup>.

E difatti con riguardo specifico al sopra caldeggiato riconoscimento di un'autonomia del consiglio di sorveglianza nelle scelte organizzative relative ai comitati interni, essa risulta smentita dalle Disposizioni di Vigilanza, almeno per ciò che concerne l'imposizione rivolta alle banche di costituire, nell'ambito dei consigli di sorveglianza con più di sei componenti, il comitato per il controllo interno cui poi lo statuto deve riservare l'esercizio dei poteri ispettivi.

Orbene - a prescindere dal condividere o meno le scelte "impositive" in materia delle Disposizioni di Vigilanza; e, comunque, reputando che allo stato dell'attuale legislazione le considerazioni più sopra sviluppate possono ambire a conservare validità almeno per le società dualistiche non bancarie -, va rimarcato che l'opzione delle Disposizioni di Vigilanza ridimensionante l'autonomia del consiglio di sorveglianza è lungi dal significare una prevalenza in tali aspetti dell'autonomia statutaria su quella organizzativa del consiglio di sorveglianza. Semmai lo statuto è lo strumento, anch'esso vincolato nei termini tratteggiati da Banca d'Italia, per attuare l'obbligo di costituzione e di delega di poteri ispettivi voluto dalla legge.

Si vuol dire che il ridimensionamento dell'autonomia organizzativa in materia del consiglio di sorveglianza è a favore non dello statuto, ma della legge, giacché non si concede allo statuto di disciplinare o meno, in luogo del consiglio di sorveglianza, e in piena autonomia rispetto alla legge e allo stesso consiglio di sorveglianza, profili attinenti all'articolazione strutturale interna dell'organo. Per cui la prescrizione legislativa non sottrae l'autonomia nella costituzione del comitato per il controllo interno o nella definizione dei suoi compiti e poteri al consiglio di sorveglianza per consegnarla allo statuto, ma inibisce su questo punto il dispiegarsi, al contempo, dell'autonomia organizzativa interna del consiglio di sorveglianza e dell'autonomia statutaria.

La constatazione è importante perché pare permettere di vedere riabilitata l'autonomia organizzativa interna del consiglio di sorveglianza di banche a sistema dualistico, rispetto allo statuto e alla stessa legge, almeno in ambiti correlati e strettamente attinenti alla costituzione del comitato per il controllo interno e alla delega ad esso di poteri ispettivi.

E infatti se si muove dal duplice assunto per cui l'esaminata imposizione legale opera in via di eccezione di stretta applicazione, lasciando per il resto intatto il principio generale dell'autonomia organizzativa del consiglio di sorveglianza nell'accezione sopra proposta, sembrerebbe poi potersi ulteriormente affermare che, in estrema sintesi, nelle banche a sistema dualistico: a) i consigli di sorveglian-

za a composizione superiore a sei mantengono piena autonomia nell'assegnare al comitato per il controllo interno altri compiti e poteri tra quelli allocabili in questo comitato e ulteriori rispetto ai poteri ispettivi; *b*) i consigli di sorveglianza a composizione superiore a sei conservano totale autonomia su altri aspetti dell'organizzazione del lavoro del comitato per il controllo interno (ad esempio, nomina dei presidenti e frequenza di riunione); *c*) i consigli di sorveglianza a composizione superiore a sei godono di assoluta autonomia nella definizione degli aspetti di stretta pertinenza organizzativa del lavoro di altri comitati <sup>(49)</sup>; *d*) i consigli di sorveglianza a composizione inferiore a sei non subiscono limiti all'autonomia di scelta di creazione di tutti i comitati e di determinazione degli aspetti di stretta pertinenza organizzativa del lavoro dei comitati (composizione, affidamento di compiti e poteri e via discorrendo), potendo inoltre assolvere essi stessi ai principali compiti a questi assegnabili <sup>(50)</sup>.

### **3. Unicità ovvero duplicità di funzioni del consiglio di sorveglianza e riflessi sull'articolazione della struttura interna dell'organo - La partecipazione dei consiglieri di sorveglianza alle riunioni dei consigli di gestione.**

Dei variegati rilevanti profili dell'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza sopra passati rapidamente in rassegna, circoscrivendo nella presente sede l'approfondimento ad aspetti dell'organizzazione strutturale dell'organo, preme riservare l'attenzione, in una prospettiva generale, all'incidenza esercitata su tale organizzazione dalla titolarità da parte del consiglio di sorveglianza della sola funzione di controllo ovvero anche di quella d'indirizzo strategico; in una prospettiva particolare, al riflesso che tale unicità ovvero duplicità di funzioni intestate al consiglio di sorveglianza produce sull'attribuzione di poteri al presidente dell'organo e sull'articolazione di questo per comitati.

Nella consapevolezza che all'organizzazione interna degli organi di gestione e di controllo è richiesto di risultare adeguata alla complessità funzionale degli organi, in modo da salvaguardare l'efficace esercizio delle funzioni pure tramite accorgimenti strutturali che preservino o quanto meno attenuino i rischi di contaminazione non virtuosa delle funzioni, diventa agevole cogliere come si riveli scelta organizzativa destinata ad avere impatto immediato sull'articolazione strutturale del consiglio di sorveglianza l'allocazione in questo ultimo, oltre che della tradizionale funzione di controllo, di quella d'indirizzo strategico.

La complicazione delle funzioni importa la complicazione della struttura organizzativa interna <sup>(51)</sup>, dove il concetto di complicazione presenta (*rectius*, si auspica presenti) connotati positivi e non negativi, traducentisi principalmente in un'articolazione strutturale finalizzata alla dislocazione intraorganica e intermedia,

individuale e collegiale, di compiti e poteri, la cui responsabilità permane pur sempre riferibile al *plenum*.

In caso d'intestazione della funzione d'indirizzo strategico al consiglio di sorveglianza <sup>(52)</sup>, occorre non dimenticare, con rilievo che spazia al sistema dualistico di ogni società, che il *plenum* resta titolare esclusivo delle due funzioni generali (*id est*, del loro esercizio generale) e che la funzione aggiunta (quella d'indirizzo strategico) riveste in un certo senso anzitutto una posizione ancillare e strumentale a quella di controllo <sup>(53)</sup>.

Peraltro, tanto nel caso di unicità quanto in quello di duplicità di funzioni del consiglio di sorveglianza, procedere a un'organizzazione strutturale interna del loro concreto esercizio non significa distribuire monocraticamente o collegialmente la titolarità delle funzioni, che rimangono insediate nella competenza esclusiva del consiglio di sorveglianza nella sua interezza; ma, piuttosto, assegnare poteri individuali di coordinamento e raccordo intraorganico; nonché ripartire, tra strutture collegiali e singoli, l'esercizio dei poteri istruttori e, a condizione di una fattibilità della scelta dal punto di vista delle specificità normative del sistema dualistico nazionale, di singoli poteri decisori.

In particolare, a meno di non voler pensare d'incoraggiare o realizzare una metamorfosi del vigente sistema dualistico in un sistema "triale" (consiglio di gestione – consiglio di sorveglianza – comitato per il controllo interno) <sup>(54)</sup> tale da sovvertire l'attuale assetto di conformazione legale primaria del sistema e la specificità dei suoi organi, non è pensabile una ripartizione tra *plenum* e comitato per il controllo interno della titolarità della funzione d'indirizzo strategico e di quella di controllo, la prima rimessa all'esercizio dell'organo e la seconda ad appannaggio del comitato; ma nemmeno si può immaginare, per la funzione di controllo, una delega (neppure di fatto) decisoria piena al comitato, con conservazione di una competenza originaria concorrente al consiglio nel suo insieme.

Se infatti il principio di separatezza delle funzioni, pur nella collaborazione e nel dialogo auspicabile tra gli organi, reclama una conservazione totale nei rapporti interorganici, occorre essere prudenti nel trasferirne *tout court* logica e modalità applicative nei rapporti intraorganici tra *plenum* e comitati. Negli ordinamenti (primo tra tutti, quello tedesco) dove più avanzato è il coinvolgimento "in prima persona" dei comitati, è ribadito, con forza e senza tentennamenti, con assunto pure accolto a livello comunitario, che al più si possono delegare singoli poteri decisori del *plenum* (consiglio di sorveglianza), mai ammettersi una delega generale delle funzioni dell'organo, come nemmeno una sua deresponsabilizzazione rispetto all'esercizio (sempre generale) di quelle funzioni di cui resta esclusivo titolare <sup>(55)</sup>. L'idea che ispira la posizione legislativa e interpretativa è che, volendo restare nel sistema dualistico, le sue possibili configurazioni non devono attentare, nella forma

e nella sostanza, alla titolarità esclusiva del *plenum* delle funzioni generali intestate all'organo.

Si deve avere chiaro che, nel sistema dualistico come tale, l'eventuale realizzata separatezza o separazione nell'esercizio dei poteri non si può mai tradurre in una separatezza e separazione della titolarità delle funzioni generali, di controllo e d'indirizzo strategico. Nemmeno in nome di una paventata incipiente crisi della funzione di controllo che starebbe per investire i consigli di sorveglianza a causa dell'ascesa in essi della funzione di alta amministrazione strategica; e a cui si tenterebbe di porre argine preventivo con scelte che nei fatti vogliono arrivare a una dislocazione sostanziale interna della funzione di controllo in un ufficio collegiale di *optimates*. Così procedendo si uscirebbe dal sistema dualistico per fare ingresso in un altro sistema. E questo esito, in assenza di un preventivo intervento complessivo del legislatore teso a ridisegnare il sistema o a crearne una configurazione alternativa, sarebbe una deriva manipolativa del modello.

D'altronde, come sopra rammentato, si può osservare che la stessa funzione d'indirizzo strategico e le relative attribuzioni vanno viste, a loro volta, nella prospettiva dell'esercizio di un controllo di merito e legalità *ex ante* sulla gestione.

Nel sistema dualistico in quanto tale, infatti, quando assegnata al consiglio di sorveglianza, la funzione d'indirizzo strategico, pur denotando autonomia e non essendo incorporata in quella di controllo, andrebbe forse colta nella sua integrazione con l'essenziale funzione della vigilanza sulla gestione, a cui dunque la funzione d'indirizzo strategico assegnata al consiglio di sorveglianza de qua può essere utilmente funzionale <sup>(56)</sup>.

A ben vedere, l'attribuzione dell'indirizzo strategico al consiglio di sorveglianza andrebbe anche vista come idonea ad aggiungere al tradizionale controllo legale e di merito *ex post*, di cui l'organo è originario ed esclusivo titolare, un controllo legale e di merito *ex ante*. Da altro punto di vista, la funzione di controllo e quella d'indirizzo strategico convergono e si sommano nella creazione di una (coagulante) c.d. funzione di controllo interno alla gestione . <sup>(57)</sup>

Orbene, dell'esercizio della funzione di controllo è e resta titolare il consiglio di sorveglianza in quanto tale e di questo esercizio in conformità alla diligenza richiesta della natura dell'incarico rispondono i componenti del consiglio di sorveglianza in quanto tali. Al comitato per il controllo interno possono essere conferiti compiti propositivi e consultivi, deleghe istruttorie relative a poteri concernenti l'esercizio della funzione spettante pur sempre, in via originaria ed esclusiva, al consiglio di sorveglianza.

Le opzioni di organizzazione strutturale del concreto esercizio delle funzioni e delle competenze del consiglio di sorveglianza complessivamente praticabili devono quindi rispondere:

(i) da un punto di vista dell'esito positivo perseguito, a migliorare gli *standard* o anche solo a conservarne un grado accettabile di efficacia di funzionamento dell'organo nello svolgimento della sua attività rispetto alle obiettive esigenze promosse dall'ordinamento e alle concrete caratteristiche dimensionali e operative dell'ente;

(ii) dal punto di vista degli esiti negativi contrastati, a evitare derive non solo "monocratiche" di poteri ma pure "collegiali" di funzioni, prodotte da forme di abdicazione dell'organo a favore di componenti o di organismi o uffici pluripersonali e da riserve non consentite di singoli poteri decisorii di esercizio delle funzioni sempre a componenti o strutture collegiali interne al consiglio di sorveglianza <sup>(58)</sup>; nonché

(iii) a prevenire inquinamenti usurpativi delle funzioni di controllo e d'indirizzo strategico da parte della funzione di gestione corrente (profilo invero allo stato trascurato), e, all'inverso, inquinamenti usurpativi della funzione di gestione corrente o di alta direzione a opera delle funzioni di controllo e d'indirizzo strategico (profilo ampiamente rimarcato), con compromissione dell'immanente principio di c.d. separatezza interorganica delle funzioni che resta da tutelare anche, e anzi soprattutto, quando il consiglio di sorveglianza, in virtù dell'assegnazione della funzione d'indirizzo strategico, erode all'organo amministrativo competenze di natura gestoria. Turbative di esercizio delle funzioni di rispettiva esclusiva competenza foriere di degenerazioni conflittuali dei rapporti intraorganici e interorganici <sup>(59)</sup>.

Un primo terreno di emersione della diversa modulazione o modulabilità delle regole di organizzazione strutturale interna del consiglio di sorveglianza in dipendenza della titolarità della sola funzione di controllo ovvero dell'aggiuntiva intestazione all'organo della funzione d'indirizzo strategico rappresentato dai poteri di cui può essere provvisto il presidente del consiglio di sorveglianza a seconda appunto che l'organo si caratterizzi per unicità oppure duplicità di funzioni.

Oggetto da parte del codice civile di un'esplicita richiesta di tipizzazione statutaria (art. 2409 *duodecies*, comma 9°, c.c.), i poteri in teoria riconoscibili al presidente <sup>(60)</sup> possono andare, per esemplificazioni, tra altri, nella prospettiva intraorganica, dalla previsione di minime prerogative di natura organizzativa e ordinatoria del funzionamento dell'organo <sup>(61)</sup>; all'attribuzione di appositi poteri di proposta al *plenum* in ordine all'esercizio della funzione di controllo e d'indirizzo strategico; al riconoscimento del *casting vote* in caso di parità deliberativa <sup>(62)</sup> e/o alla necessaria presenza del presidente al fine della legittima costituzione e/o deliberazione del consiglio di sorveglianza <sup>(63)</sup>; all'assegnazione della presidenza di comitati eventualmente ricavati all'interno dello stesso consiglio di sorveglianza; all'informazione al consiglio di sorveglianza in merito alla titolarità d'interessi ulteriori, non solo conflittuali, riscontrati in capo a componenti dell'organo <sup>(64)</sup>, e via tipizzando; nella prospettiva interorganica, dalla presidenza dell'assemblea; al mantenimento di rapporti

con il consiglio di gestione e/o con il suo presidente e, più in genere, con la funzione di gestione e l'alta direzione, nonché al ricevimento delle proposte provenienti dal consiglio di gestione in ordine alle materie da sottoporre all'approvazione ovvero all'autorizzazione del consiglio di sorveglianza; alla consultazione e al coordinamento con il suo omologo del consiglio di gestione al fine di sovrintendere ai rapporti con i soci <sup>(65)</sup>; alla cura dei rapporti con le Autorità di Vigilanza nel contesto e per gli obiettivi della funzione di controllo e d'indirizzo strategico <sup>(66)</sup>.

E' dato facilmente riscontrabile che, in teoria, l'accrescimento quantitativo e la diversificazione qualitativa per via di statuto dei poteri del presidente del consiglio di sorveglianza potrebbero in effetti procedere di pari passo alla riserva al consiglio di sorveglianza la funzione d'indirizzo strategico, giustificandosi alcuni poteri del presidente in costanza di titolarità del suo organo di questa ultima funzione, meno o per nulla nell'ipotesi di esclusiva titolarità della funzione di controllo. E la prassi fino a oggi nota, soprattutto quella delle banche dualistiche quotate, segnala e conferma questa linea di tendenza, con una netta propensione a elaborare cataloghi di poteri del presidente fitti e vasti <sup>(67)</sup>.

Nello stesso tempo, è altrettanto ipotizzabile che proprio la contestuale intestazione al consiglio di sorveglianza della funzione di controllo e di quella d'indirizzo strategico possa indurre a suggerire un ridimensionamento selezionato di alcuni poteri del presidente che potrebbero almeno apparire più naturalmente da esso esercitabili se l'organo si limitasse a svolgere la funzione di controllo <sup>(68)</sup>.

Nella dimensione intraorganica, le istanze di contenimento a discapito del presidente possono essere ispirate dall'esigenza di garantire nei fatti una ripartizione di poteri tra i componenti del consiglio di sorveglianza su basi di tendenziale parità <sup>(69)</sup>; nonché di evitare sia spropositati accentramenti di prerogative attentanti al collegiale esercizio delle funzioni, sia inquinamenti deleteri e patologici della funzione di controllo da parte di quella d'indirizzo strategico, negatori dell'opposta prospettiva di una benefica e fisiologica interrelazione di esercizio delle due funzioni.

Nella dimensione interorganica, la riduzione dei poteri del presidente potrebbe essere promosso al fine di preservare il consiglio di gestione da (per forme, modalità e/o estensione) indebite ingerenze o condizionamenti, nella gestione corrente e strategica, del consiglio di sorveglianza (appunto per il tramite del suo presidente), con connessa salvaguardia del principio di separatezza interorganica delle funzioni (di gestione, da una parte, e di controllo e d'indirizzo strategico, dall'altra).

In argomento, la questione che si avverte tuttavia come di vertice è costituita proprio da una non aprioristica e prevenuta definizione, per un verso, delle prerogative realmente virtuose assegnabili al presidente perché favorenti un efficace e non contaminato esercizio delle funzioni del proprio organo e degli altri organi; per altro, delle effettive forme di potenziale deriva dei poteri del presidente del consiglio di

sorveglianza in assenza o in presenza della funzione d'indirizzo strategico dell'organo tali da suggerire l'introduzione di divieti assoluti di attribuzione di quei poteri.

Collocandosi in questa duplice prospettiva di valutazione, si può cominciare osservando che, quale che sia la soluzione data al problema della legittimità nell'ordinamento italiano della delega interna di singoli poteri decisorii del consiglio di sorveglianza <sup>(70)</sup>, non si nutrono dubbi comunque sulla preclusione per gli statuti (o atti dispositivi del consiglio di sorveglianza) di delegare individualmente al presidente del consiglio di sorveglianza l'esercizio così dell'intera funzione di controllo e/o d'indirizzo strategico, come anche di singoli poteri decisorii afferenti a una o entrambe le funzioni. Sotto il profilo dei poteri di organizzazione strutturale interna del consiglio di sorveglianza, risulta indelegabile dall'organo al suo presidente, in particolare, la costituzione dei comitati nell'ambito del consiglio di sorveglianza.

Inoltre, in linea di principio, lascerebbe perplessi il consentire al presidente del consiglio di sorveglianza di assumere la carica di presidente del comitato per il controllo interno e anche di presentare al consiglio di sorveglianza proposte relativamente a materie che rientrano nell'esercizio di compiti e poteri assegnati a questo comitato <sup>(71)</sup>.

Correlativamente però, si nutrirebbero perplessità su posizioni di chiusura verso regole organizzative che, nella prospettiva intraorganica, lasciassero aperta la possibilità della nomina del presidente del consiglio di sorveglianza non come presidente ma come "semplice" componente, non provvisto di deleghe istruttorie o poteri propositivi, del comitato per il controllo interno <sup>(72)</sup>, e/o che affidassero allo stesso presidente un potere di raccordo tra i comitati e il *plenum*.

E poco soddisfatti e comunque per nulla davvero persuasi lascerebbero prescrizioni che vietassero sempre e comunque la partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza con alta amministrazione strategica a ogni riunione del consiglio di gestione; a maggior ragione se questo divieto non fosse, per così dire, bilanciato ed equilibrato proprio dall'attribuzione al medesimo presidente di un ruolo attivo e propositivo di coordinamento e raccordo e di una funzione di filtro dei flussi informativi tra i comitati e l'organo, e ciò a prescindere dall'unicità o duplicità di funzioni vantate dal consiglio di sorveglianza.

Tali posizioni di chiusura sono invece assunte dalle Disposizioni di Vigilanza, nel disegno generale di una prospettiva nettamente segnata e solcata da una diversa collocazione soggettiva di alcuni poteri, a valenza intraorganica e interorganica, in teoria e in pratica attribuibili e attribuiti al presidente del consiglio di sorveglianza, soprattutto allorché l'organo sia titolare della funzione d'indirizzo strategico, ma anche indipendentemente dalla titolarità di questa ulteriore funzione; e da una contestuale valorizzazione del ruolo dei comitati, e soprattutto del comitato per il con-

trollo interno.

Al proposito – e ancora una volta lasciando da parte ogni valutazione sulla condivisione delle scelte dispositive operate dalla Banca d'Italia-, si deve osservare che, stante l'attuale legislazione e le sue qui privilegiate interpretazioni, le opzioni restrittive in parola sembrano riguardare solo le banche a sistema dualistico, non potendosene prospettare, per le considerazioni che si stanno per sviluppare, una convincente esportazione alle altre società (non bancarie) rette da questo sistema di amministrazione e controllo <sup>(73)</sup>.

In questo senso, non apparirebbe del tutto convincentemente giustificabile e accettabile, per le società dualistiche non bancarie, una doppia preclusione di portata assoluta dettata per il presidente del consiglio di sorveglianza: (i) a prescindere dalla unicità o duplicità di funzioni dell'organo, di far parte del comitato per il controllo interno; (ii) in dipendenza dell'attribuzione al consiglio di sorveglianza della funzione d'indirizzo strategico, di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione, motivata al fine di evitare sia un coinvolgimento dello stesso presidente nell'attività di gestione che il suo organo è tenuto a controllare, sia una compromissione dell'autonomia del consiglio di gestione.

Quanto al primo limite (divieto del presidente del consiglio di sorveglianza di far parte del comitato per il controllo interno, sempre ovvero quando l'organo sia titolare anche della funzione d'indirizzo strategico <sup>(74)</sup>), è sufficiente notare che essa finirebbe per non assegnare dare degno peso alla considerazione che, come poco sopra rilevato, dal punto di vista dell'efficiente composizione del comitato per il controllo interno, una salvaguardia dell'indipendente esercizio dei suoi compiti non si ottiene necessariamente escludendo il presidente del consiglio di sorveglianza, ma semmai recidendo la possibilità che questo ultimo assuma la presidenza dell'organo o gli siano attribuiti poteri propositivi e/o interdittivi (rispetto al *plenum* e nell'ambito dello stesso comitato), nonché istruttori (nei rapporti interorganici con il consiglio di gestione e più in generale nei confronti delle strutture aziendali) <sup>(75)</sup>. Il divieto di essere componente del comitato in questione apparirebbe eccessivo rispetto allo scopo perseguito <sup>(76)</sup>.

Suonerebbe poi non persuasivo sancire, per via esplicita ovvero implicita, un divieto assoluto del presidente del consiglio di sorveglianza di partecipare a qualunque riunione del consiglio di gestione <sup>(77)</sup>.

Al riguardo, va premesso che qui si crede di non dovere mutare la preferenza altrove espressa <sup>(78)</sup> per posizioni le quali non propugnino o accondiscendano, nei fatti, automatiche partecipazioni in massa del consiglio di sorveglianza ai consigli di gestione, si occupino questi della c.d. gestione corrente o di quella strategica; ma che, viceversa, caldeggiino partecipazioni "selezionate" (nel "tipo" e numero dei partecipanti e delle riunioni cui partecipare) calibrate in ragione delle materie trattate

nei singoli consigli di gestione e della funzionalità della partecipazione all'efficiente esercizio delle rispettive (degli organi) funzioni e alla loro reciproca indipendenza e separatezza.

Quindi, di principio, non può che accogliersi con favore ogni riflessione o presa di posizione che, in presenza di disposizioni di legge (art. 2409 *terdecies*, comma 4°, c.c.; art. 149, comma 4° *bis*, t.u.f.) le quali paiono potere dischiudere le riunioni dei consigli di gestioni a folate partecipative dei consiglieri di sorveglianza, non rinuncino a interrogarsi sulla questione della partecipazione di tutti consiglieri di sorveglianza alle riunioni dei consigli di gestione, così richiamando l'attenzione sui possibili risvolti problematici di quella partecipazione.

Ciò concesso, deve essere chiaro <sup>(79)</sup>, tuttavia, sempre in via preliminare, che l'assommarsi di poteri in capo al presidente del consiglio di sorveglianza non è di per sé espressione di degenerazione e deriva della figura e con essa del regime di ripartizione legale di competenze e funzioni tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza, una deformazione patologica infettante il ruolo virtuoso del presidente; bensì una fisiologica conseguenza della configurazione di ogni presidente ("forte" o "debole") del consiglio di sorveglianza come soggetto che riveste una posizione di raccordo nell'attuazione delle complessive prerogative funzionali di pertinenza del suo organo, pur senza vantare nei confronti degli altri componenti un vero e proprio diritto o potere "d'istruzione" <sup>(80)</sup>.

Il discorso vale in special modo rispetto ai poteri di natura organizzativa instabili al presidente, atteso che spetta allo stesso, magari assistito da un apposito ufficio di presidenza, organizzare la prassi e le regole applicative dei e funzionali ai processi decisionali dell'organo in coerenza con le ulteriori regole, di produzione legale statutaria o di derivazione di atti decisionali autonomi del consiglio di sorveglianza, che questi processi governano.

Infine, sempre in via preliminare, si ha l'impressione che, come tale, la questione della partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione abbia forse riscosso eccessiva attenzione, sia stata troppo "drammatizzata" e, se così si può dire, sia stata caricata di soverchi significati e attese nella prospettiva, di per sé assolutamente condivisibile, della salvaguardia dei "principi" di separatezza delle funzioni e di non commistione delle stesse. E difatti, portando il discorso sul piano dell'esperienza e della "natura delle cose", si crede di non allontanarsi dal vero osservando che un condizionamento indebito del consiglio di gestione da parte del consiglio di sorveglianza difficilmente si affiderebbe alla "pratica palese e verbalizzata" della partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza. Si vuol dire che difficilmente un presidente "forte" del consiglio di sorveglianza con funzione d'indirizzo strategico che voglia influire oltre il consentito sulle decisioni del consiglio di gestione scelga di farlo con condotte ufficiali nel corso

di riunioni ufficiali e formalizzate del consiglio di gestione. Si affiderà, preferibilmente, a condotte "fuori verbale e dietro le quinte".

Ciò detto, a non persuadere sarebbe anzitutto la formulazione normativa ovvero l'enucleazione interpretativa di un divieto assoluto alla partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione.

Al riguardo, è forse utile rievocare che non è revocabile in dubbio che nell'esperienza tedesca - dove unanimemente si esclude che possa essere riconosciuto dallo statuto ovvero dai regolamenti del consiglio di sorveglianza o di gestione un autentico e insindacabile potere-diritto dei componenti del consiglio di sorveglianza di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione, liberamente attivabile ed esercitabile -, per un verso, difetta qualunque previsione legislativa atta a riconoscere una simile legittimazione partecipativa; per altro, il divieto, ricostruito per via d'interpretazione, di dettare appunto nello statuto o in regolamenti del consiglio di sorveglianza e/o di gestione quel potere-diritto assoluto di partecipazione di tutti o anche solo alcuni consiglieri a tutte le riunioni dell'organo gestorio viene motivato in ragione sia della presenza di disposizioni della legge azionaria <sup>(81)</sup> che stabiliscono stringenti forme di flussi informativi dal consiglio di gestione verso il consiglio di sorveglianza e che sarebbero pregiudicate dalla previsione di questa partecipazione, sia dell'esclusiva responsabilità della gestione in capo al consiglio di gestione e dell'influenza indebita che questo potrebbe subire dal consiglio di sorveglianza proprio in ragione della partecipazione, come pure in forza di un rispetto sostanziale del principio di separatezza delle funzioni <sup>(82)</sup>.

E' sintomatico tuttavia che nella stessa esperienza tedesca, da un lato, consapevolmente non si distingue tra presidente (caratterizzato sempre dal ricoprire una "posizione di vertice" che gli deriva soprattutto dai riconosciuti, fisiologici poteri di raccordo interorganico e intraorganico) e altri consiglieri di sorveglianza, non pensando la partecipazione del primo più "deleteria" di quella dei secondi <sup>(83)</sup>; dall'altro, semmai, da parte di una tesi interpretativa restrittiva ma anche risalente, si ammette la partecipazione essenzialmente su invito del consiglio di gestione e si afferma che l'invito a partecipare possa essere rivolto dal consiglio di gestione a tutti i componenti del consiglio di sorveglianza ed eccezionalmente a singoli componenti o al solo presidente, il quale quindi potrebbe essere destinatario dell'invito a partecipare sia come consigliere in quanto tale sia come presidente <sup>(84)</sup>.

In questo senso, spostando il fronte della riflessione al diritto italiano, non sembrano né opportune né premianti rigide chiusure alla partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza, con o senza funzione d'indirizzo strategico <sup>(85)</sup>, a ogni riunione dei consigli di gestione <sup>(86)</sup>.

Al proposito, si è dell'avviso che la questione della partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione possa esse-

re risolta, in modo equilibrato, proprio nella dimensione dinamica, complessiva e integrata, da una parte, dell'indipendente esercizio delle funzioni di consiglio di gestione e di consiglio di sorveglianza; dall'altra, (però) della creazione e del mantenimento di un efficace, costante dialogo e contatto tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza anche nelle fasi anteriori al formale assoggettamento a opera del primo dei predisposti piani e operazioni strategiche alle approvazione e autorizzazione preventive del secondo <sup>(87)</sup>. alcuna di queste prospettive valutative deve prevaricare le altre, pena il rischio di un offuscamento dei termini obiettivi del problema.

Colte complessivamente, queste prospettive suggeriscono di considerare che la partecipazione alle riunioni del consiglio di gestione del presidente del consiglio di sorveglianza – al pari di quella di ogni componente dello stesso organo - non debba essere fatta oggetto di un divieto assoluto, e in quanto tale mai esercitabile.

La previsione di un divieto assoluto di partecipazione (Teilnahmeverbot) calzato su misura del presidente del consiglio di sorveglianza <sup>(88)</sup> rischia di frustrare l'efficiente svolgimento del ruolo dello stesso presidente quale identificabile anche nell'ambito delle banche e con esso l'adempimento dei connessi doveri, con possibili evidenti ricadute negative sull'instaurazione di quella costante collaborazione tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza considerata necessaria per un virtuoso funzionamento del sistema dualistico.

Il divieto assoluto per il presidente del consiglio di sorveglianza titolare di funzione d'indirizzo strategico di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione con all'ordine del giorno, ad esempio, argomenti pertinenti l'indirizzo strategico contrasta con il dato teleologico e sistematico secondo cui il presidente del consiglio di sorveglianza svolge precipuamente, al di là di mere funzioni organizzative ordinarie del suo organo, proprio un ruolo di coordinamento e raccordo con il consiglio di gestione e il suo presidente. Ed è poi – il medesimo presidente del consiglio di sorveglianza - colui che, sempre di norma ma in particolare, formula al proprio organo le proposte in ordine alle delibere attinenti l'indirizzo strategico.

In particolare, la partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione vertenti su materie concernenti l'indirizzo strategico dell'impresa o coinvolte da esso si potrebbe rivelare funzionale all'esplicazione di tale ruolo intraorganico e interorganico riconoscibile al presidente. E non andrebbe vista, aprioristicamente, come strumento di condizionamento e compromissione della indipendenza e autonomia del consiglio di gestione . <sup>(89)</sup>.

Più in generale (*id est*, in una valutazione complessiva di funzioni e competenze del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione), questa partecipazione può ben rivelare funzionalità concreta all'esercizio efficace delle funzioni degli organi e al soddisfacimento dell'interesse della società, soprattutto (ma non solo)

quando particolari esigenze informative non risultino assolvibili o adeguatamente assolvibili con la partecipazione di altri consiglieri e/o in forza dei flussi informativi interorganici e intraorganici esistenti.

Lo sfondo, teorico e pratico, è dato sempre dalla convinzione che «la comunicazione e la discussione sono indispensabili per la cura ottimale della funzione di controllo e di consulenza» <sup>(90)</sup> che, nell'interesse di ogni società dualistica, il consiglio di sorveglianza con funzione d'indirizzo strategico è chiamato a svolgere nei confronti del consiglio di gestione, ferme restando le rispettive competenze e funzioni e il loro autonomo esercizio.

#### **4. (Segue): incremento delle funzioni del consiglio di sorveglianza e accrescimento del ruolo dei comitati - Articolazione strutturale per comitati ed esercizio dei poteri "istruttori" del consiglio di sorveglianza.**

Alla creazione di comitati nell'ambito del consiglio di sorveglianza viene solitamente riconosciuto un ruolo essenziale in una virtuosa organizzazione strutturale interna dell'organo. Ruolo percepito ormai quasi come imprescindibile soprattutto allorché il consiglio di sorveglianza assuma dimensioni numeriche rilevanti considerate ostative o potenzialmente attentanti a un efficace esercizio delle funzioni dell'organo <sup>(91)</sup> e/o questo ultimo coniughi in sé la funzione di controllo e quella d'indirizzo strategico.

Più in generale, la costituzione di comitati viene avvertita come scelta propeudeutica a consentire al consiglio di sorveglianza d'innalzare gli *standards* di efficace esercizio della sua o delle sue funzioni. Lo scopo principale che si prefigge la creazione di questi comitati è infatti di «aumentare efficienza del lavoro del consiglio... di sorveglianza, garantendo che le decisioni che esso adotta siano ben fondate, ...di contribuire all'organizzazione del suo lavoro, per assicurare che tali decisioni siano scevre di conflitti di interessi rilevanti» <sup>(92)</sup> e di agevolare la trattazione di argomenti complessi per i quali s'impongono professionalità specifiche.

Invero, non è forse superfluo rimarcare che l'efficienza della scelta organizzativa rappresentata dalla costituzione di comitati va testata nei fatti <sup>(93)</sup>. L'istituzione di comitati che non si rivelino poi funzionali e funzionanti, ma che addirittura pregiudicano l'efficienza di funzionamento dell'organo può dirsi forse evenienza pratica avvertita non suscettibile di riscontri diffusi, ma di certo non se ne può escludere la possibilità pur a fronte della *communis opinio* che valorizza di per sé, senza ombre, la bontà della scelta della loro creazione.

In particolare - a parte le disfunzioni derivanti da una non efficiente organizzazione interna dei comitati, di cui possono essere portatori una loro composizione eccessivamente "bloccata" <sup>(94)</sup>, processi deliberativi troppo o troppo poco formaliz-

zati, un'opaca o sfuggente definizione di poteri e compiti dei singoli componenti e via elencando- effetti pregiudizievoli conseguono, tra l'altro, a una non corretta percezione e definizione di cosa possano fare i comitati, di come debbano interagire con l'organo istituyente, del modo di mantenere unitario l'esercizio delle funzioni.

Sono i temi della natura dei compiti e dei poteri effettivamente assegnabili ai comitati, della dinamica di svolgimento dei rapporti intraorganici tra comitati e *plenum*, dell'integrazione e del convergere degli esiti delle rispettive azioni, dell'intervento dei comitati quale presupposto di validità per decisioni del consiglio coinvolgenti materie trattate dai comitati medesimi <sup>(95)</sup> e dell'eventuale portata modificativa dei normali processi decisionali del consiglio di sorveglianza in caso di c.d. avviso negativo del comitato su materie per la cui decisione questo ultimo sia stato consultato dall'organo <sup>(96)</sup>.

In particolare, qui si vuole accennare alla questione delle implicazioni negative connesse a una non chiara identificazione dei compiti e poteri assegnabili ai singoli comitati e a una altrettanto non nitida definizione degli effetti che tale assegnazione produce sull'esercizio generale delle funzioni e sulla responsabilità per tale esercizio imputabili al consiglio di sorveglianza <sup>(97)</sup>.

La questione dei compiti e poteri di cui possono essere investiti allo stato, per diritto italiano, i comitati del consiglio di sorveglianza tende a essere rapidamente liquidata e tranquillamente risolta affidandosi all'osservazione secondo cui i comitati detengono compiti istruttori, propositivi e consultivi da esercitare nei confronti del consiglio di sorveglianza; il quale, in particolare, può attribuire in via collegiale al più poteri istruttori (*in primis*, ispettivi e di controllo, oggetto pure di possibili deleghe individuali <sup>(98)</sup>) per l'assolvimento dei medesimi compiti.

A parte la diffusa disattenzione sulla necessità di affrontare la tematica dei rapporti tra comitati e organi diversi da quello di generazione <sup>(99)</sup>, alla stregua di accenni sopra svolti restano sottintese o spesso in ombra appunto le questioni, per un verso, delle possibile implicazioni per la titolarità di esercizio delle funzioni da parte del consiglio di sorveglianza e per le connesse responsabilità dell'avvenuta attribuzione di compiti e poteri istruttori, consultivi e propositivi; per altro, della legittimità, per diritto italiano attuale, dell'attribuzione di poteri, oltre che istruttori, decisionali e, ancora una volta, ove ammesso questa ulteriore esplicazione dell'attribuzione di poteri, delle sue conseguenze in punto di titolarità di esercizio delle funzioni e di responsabilità del consiglio di sorveglianza (*rectius*, dei consiglieri non componenti dei comitati).

La prima questione è quella delle due sollevate la cui definizione si avverte come presente ma solo di rado chiaramente esplicitata <sup>(100)</sup>; forse nella convinzione che dovrebbe essere del tutto evidente che con l'attribuzione di semplici poteri istruttori e l'esercizio di compiti istruttori, consultivi e propositivi non si modifica la

titolarità di esercizio delle funzioni e le connesse responsabilità, perennemente intestate al consiglio di sorveglianza.

Per vero, è opportuno ribadire espressamente che la scelta di articolazione strutturale interna è un'iniziativa organizzativa del consiglio che arresta i suoi effetti nell'ambito dell'organo almeno nel senso di non propagare nessuna conseguenza sull'esclusiva titolarità delle funzioni e del loro esercizio a opera dell'organo, centro d'imputazione delle conseguenze attive e passive derivanti dall'esercizio.

D'altro canto, nessuna limitazione "esterna" di responsabilità potrebbe essere accampata dai consiglieri di sorveglianza non componenti il singolo comitato per le decisioni finali assunte e pertanto per l'esercizio delle funzioni e delle competenze avvenuto sulla scorta di proposte provenienti da tale comitato e avvalendosi degli esiti della messa in atto dei poteri istruttori da parte di questo. Piuttosto che a un'attenuazione o esclusione della "responsabilità base" dei consiglieri di sorveglianza non componenti il comitato ottenuta invocando in questi casi una ridotta applicazione, una restrizione teleologica o addirittura disapplicazione del criterio dell'esercizio diligente dei doveri generali attinenti alla carica (art. 2409 *terdecies*, comma 3°, c.c.) o propugnando un'applicazione analogica dell'art. 2392, comma 1°, c.c. si può pensare a un aggravamento della medesima "responsabilità base" dei consiglieri facenti parte del comitato realizzato invocando sì la "speciale" natura dell'incarico <sup>(101)</sup>.

Quasi del tutto trascurata risulta poi la seconda questione individuata, vale a dire quella della legittimità, per diritto italiano, di regole organizzative interne del consiglio di sorveglianza in forza delle quali vengano i comitati vengano investiti dal *plenum* non solo poteri istruttori, ma anche singoli poteri decisorii <sup>(102)</sup>. Si tratta, in sostanza, di stabilire se, atteso che di regola i comitati sono chiamati a adempiere a meri compiti istruttori, propositivi e consultivi e a esercitare poteri semplicemente istruttori, sia altresì ammesso, ai sensi dell'attuale legislazione italiana, che il consiglio di sorveglianza investa questi stessi comitati di singoli poteri decisionali in materie di competenza dello stesso consiglio.

Di per sé, una simile diversificazione dell'oggetto dell'attribuzione, esteso oltre le ipotesi tradizionali di investitura di poteri istruttori fino a coinvolgere appunto l'attribuzione di singoli poteri decisionali, non appare incompatibile con le prospettive di unitario esercizio generale delle competenze e delle funzioni del consiglio di sorveglianza, se è vero, come è vero, che tanto alcune esperienze legislative e interpretative nazionali quanto la disciplina comunitaria conoscono, le prime, la concreta possibilità che il consiglio di sorveglianza possa procedere a questa attribuzione "parziale" di singoli poteri decisorii, nel contempo limitando il carattere assoluto dell'attribuzione medesima tramite l'indicazione di decisioni non trasferibili dal *plenum* ai comitati e precludendo comunque l'attribuzione dell'esercizio generale

delle funzioni dell'organo <sup>(103)</sup>; la *seconda*, la teorica possibilità che i diritti nazionali consentano la "delega" di singoli poteri decisionali ai comitati, intatta comunque la responsabilità dell'organo per le decisioni assunte nel suo ambito di competenza <sup>(104)</sup>.

Orbene, pare non solo adeguata e compatibile al diritto italiano, ma pure imposta dai connotati normativi del sistema e dalle sue specificità l'esclusione dell'attribuzione (assuma essa o meno il significato giuridico e le forme di una vera e propria delega) *omnibus* dal consiglio di sorveglianza ai comitati dell'esercizio delle generali funzioni di controllo e d'indirizzo strategico.

Sembra altresì preferibile ritenere che – in assenza di espressa disposizione che lo consenta – a oggi continui a non essere agevole prospettare, e anzi sia da escludere, sempre ai sensi del diritto italiano, l'attribuzione o la "delega" di singoli poteri decisorii dell'organo ai comitati, pur ove si proclami ferma la responsabilità del consiglio per le decisioni assunte dai comitati <sup>(105)</sup>.

Vincenzo CarIELLO

- 
- 1) Funzionamento e organizzazione del consiglio di sorveglianza, in realtà, potrebbero essere intesi come differenti insiemi tipologici, pur contigui; ovvero risultare il primo compenetrato nel secondo. A loro volta poi regole di organizzazione e regole funzionamento dell'organo, nell'alternativa di qualificazione tra regole "sostanziali" e regole "procedimentali", si prestano a essere classificate come regole del secondo genere. L'estensione di ogni insieme o dell'insieme unitario può variare, nel senso di comprendere o meno alcuni profili. E altri di questi profili sono suscettibili a essere compresi a volte nell'organizzazione, a volte nel funzionamento. Il tutto nell'assenza di una catalogazione che si possa professare come davvero tranquillamente accolta. A dimostrazione di quanto osservato valga, a mero titolo di esemplificazioni, che: (i) non è raro vedere qualificata la previsione di adozione del *regolamento generale interno del consiglio di sorveglianza* in termini o di regola di funzionamento o di regola procedurale o di regola di organizzazione; e in quest'ultimo caso constatare che la qualifica presuppone l'identificazione del regolamento quale fonte principale essenziale dell'organizzazione strutturale dell'attività del consiglio di sorveglianza. Stesse alterne sorti di qualificazione condividono le regole concernenti la costituzione di comitati o la "capacità deliberativa" del consiglio di sorveglianza; (ii) neppure è infrequente riscontrare che secondo certe classificazioni l'*adozione del regolamento del consiglio di sorveglianza e la richiesta di convocazione dell'organo* sono comprese nei "funzionamento e organizzazione" del consiglio di sorveglianza, essendone mantenute invece fuori la *nomina del presidente e la costituzione dei comitati*. Mentre a tenore di altre classificazioni nomina del presidente del consiglio di sorveglianza e creazione di comitati, assieme alla *verbalizzazione delle riunioni dell'organo*, costituiscono il primo nucleo dell'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza (è, per tutte, l'impostazione adottata dal § 107 *AktG*, sebbene l'*Organisationsrecht* dell'*Aufsichtsrat* sia complessivamente distribuito nei §§ 107-110 *AktG*), a cui restano al contrario nominalisticamente estranei regolamento e richiesta individuale di convocazione dell'organo, pur essendo poi anche questi ultimi ricondotti in ultima analisi alle regole di organizzazione; (iii) non è esclusa la riconduzione delle previsioni concernenti i *requisiti professionali e d'indipendenza dei componenti del consiglio di sorveglianza* alle regole di

organizzazione dell'organo; e la qualificazione come tali delle prescrizioni attinenti alla *composizione qualitativa e quantitativa dei comitati*. Qui si predilige sussumere nel concetto di *organizzazione interna* del consiglio di sorveglianza i profili attinenti non solo alla *struttura*, ma anche al *funzionamento* dell'organo (e continuando ad avvertire l'esigenza d'identificare e classificare separatamente le regole strutturali da quelle più propriamente procedurali), considerando al tempo stesso le regole di organizzazione regole più "*procedimentali*" che "sostanziali". Non va però sottaciuto che alcune regole concernenti direttamente l'articolazione della struttura organizzativa del consiglio di sorveglianza possano essere considerate, in via mediata, pure quali regole di funzionamento. Si pensi, ad esempio, alle previsioni di costituzioni dei comitati nell'ambito del consiglio di sorveglianza: sono senza dubbio regole di articolazione della struttura interna dell'organo, ma si coglie altresì agevolmente la funzionalità dell'istituzione dei medesimi comitati all'adozione di decisioni del consiglio di sorveglianza e all'esercizio delle sue funzioni e competenze.

- 2) Va da sé, che obiettivo della presente trattazione non è certo di esaurire la tematica e le sue implicazioni. E' verosimile ipotizzare che il non efficace esercizio delle funzioni del consiglio di sorveglianza sia riconducibile a un triplice ordine di debolezze, tutte rinviati direttamente o indirettamente ad aspetti attinenti alla sua organizzazione interna [e una regola di pregnante importanza, alla cui applicazione non distratta e puramente formalistica devono guardare i consigli di sorveglianza, concerne l'autovalutazione dell'efficienza e dell'adeguatezza della propria organizzazione interna, mediante un esame di tutti gli aspetti connessi: cfr. § 8 RACCOMANDAZIONE CE *sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui compiti del consiglio di amministrazione o di sorveglianza*; *Deutscher Corporate Governance Codex*, Ziffer 5.6; v. SEMLER, *Die Effizienzprüfung des Aufsichtsrats*, in *Festschrift für T. Raiser zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2005, p. 399 ss.; v. WERDER, in RINGLEB/KREMER/LUTTER/v.WERDER, *Deutscher Corporate Governance Kodex. Kommentar*, 3. Auf., München 2008, Rn 1152 ss., p. 293 ss.. L'adeguatezza dell'assetto organizzativo complessivo dell'ente (art. 2381, comma 5°, c.c.) è il portato, tra l'altro, dell'adeguatezza degli assetti organizzativi interni dei singoli organi]: (i)*debolezze delle fonti disciplinari dell'organizzazione*, conseguenza di approssimative e improprie definizioni dei rispettivi ambiti d'intervento delle diverse fonti; (ii)*debolezze dell'organo*, effetto di strutture deficitarie (essenzialmente perché pletoriche, caratterizzate da inamovibilità di componenti inadeguati, con comitati inefficienti o sostanzialmente isolati dal *plenum*, con non appropriate attribuzioni e ripartizioni intraorganiche di poteri), di "cattiva" organizzazione delle procedure di funzionamento dell'organo (ad esempio, riunioni infrequenti o troppo frequenti, ritardato accesso alla documentazione, brevi termini di convocazione con *deficit* o asimmetrie informative, scarsa durata delle riunioni, poco autorevolezza o eccessivo autoritarismo del presidente nella conduzione delle riunioni, approssimativo utilizzo del lavoro dei comitati), di radicata, latente e mal composta conflittualità intraorganica; (iii)*debolezze dei singoli componenti* (in via esemplificativa, presidenti del consiglio o dei comitati inattivi o troppo attivi, eccessi nel cumulo degli incarichi, disinteresse e poco attivismo ovvero iperattivismo, qualifiche professionali insufficienti del presidente e/o dei componenti dei comitati, cronica mancanza d'indipendenza della maggioranza dei consiglieri generata da critici conflitti di ruolo sistematici). Per rivelarsi efficienti le regole organizzative del consiglio di sorveglianza devono almeno: (i)essere formulate sul presupposto di una corretta individuazione degli ambiti d'intervento delle diverse fonti di produzione; (ii)innestarsi su un organo con un'equilibrata e soddisfacente componente professionale e indipendente; (iii)garantire un agevole svolgimento dei processi decisionali; (iv)assicurare un'adeguata articolazione strutturale intesa a un dislocato, qualitativamente apprezzabile esercizio di singoli poteri senza che ne risulti disaggregata la titolarità dell'esercizio generale delle funzioni e delle competenze comunque esclusive dell'organo, al riparo da derive monarchiche o collegiali e idonea a prevenire o quanto meno risolvere situazioni interne di conflittualità; (v)in particolare, creare i presupposti per produzione, acquisizione e gestione di quei flussi informativi, interorganici e intraorganici, il cui utilizzo riveste un ruolo imprescindibile per l'esercizio di funzioni e competenze dell'organo. In questa ultima prospettiva, le regole organizzative presiedono finalisticamente all'organizzazione dello svolgimento delle funzioni tramite la strumentale organizzazione dei flussi informativi intraorganici ed interorganici che rendono possi-

bile l'esercizio delle funzioni medesime. La connessione è messa bene in luce, di recente, da LEYENS, *Information des Aufsichtsrats. Ökonomisch-funktionale Analyse und Rechtesvergleich zum englischen Board*, Tübingen, 2006, p. 235 ss., (invero potendo far conto sul sostanzioso apparato normativo opportunamente apprestato dal legislatore tedesco; e ponendosi là semmai soprattutto le questioni dei limiti dell'integrazione delle prescrizioni legali e della loro interpretazione "estensiva"); in Italia, muovendo da un substrato normativo assai più avaro, CARRIERO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2007, p. 89 ss.; ID., *Consiglio di sorveglianza della capogruppo e "unificazione e supervisione strategica" del gruppo*, in AGE n. 2/2007, p. 291 ss. (funzionalizzando i flussi informativi interorganici, istituzionalizzati per via statutaria, alla realizzazione di una cooperazione anche preventiva – rispetto all'esercizio della competenza deliberativa ex art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f-bis) - tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza; su questa cooperazione v. ora anche il cenno di F. GHEZZI, *Consiglieri di sorveglianza "esecutivi" e componenti del consiglio di gestione "non esecutivi": eterogenesi dei fini?*, ivi, p. 333).

- 3) Di *Annex-Kompetenz* parla anche SCHÄDEL, *Organisationsautonomie und Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft*, Baden-Baden, 2005, p. 31 ss.
- 4) V. pure i cenni di SEMLER, *Grundsätze ordnungsmäßiger Überwachung?*, in *Festschrift für Peltzer*, Köln, 2001, p. 505 s. La prospettiva più generale è quella dell'importanza, per un'evoluzione migliorativa del diritto delle società per azioni, della promozione delle regole destinate a comporre l'intelaiatura dell'organizzazione interna degli organi di gestione e controllo. Di quelle regole attinenti al "come" dell'organizzazione dell'esercizio delle funzioni e dell'assolvimento delle rispettive competenze: e su cui v. ora le proposte di sistematizzazione avanzate da BINDER, *"Prozeduralisierung" und Corporate Governance. Innerbetriebliche Entscheidungsvorbereitung und Prozessüberwachung als Gegenstände gesellschaftsrechtlicher Regulierung – Entwicklungslinien und Perspektiven*, in ZGR 2007, p. 745 ss.
- 5) Quanto al *profilo quantitativo*, che l'ampia composizione del consiglio di sorveglianza può, in effetti, rappresentare un potenziale rischio per l'efficienza dei controlli [ora anche BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, 4 marzo 2008 (di seguito, *Disposizioni di Vigilanza*), p. 11]. Si è già sottolineato (CARRIERO, *Il sistema dualistico*, cit., 30 ss.) come la quantità del numero dei consiglieri di sorveglianza sia aspetto cui gli statuti è consigliabile prestare massima attenzione. Le scelte di composizione numerica dell'organo dovrebbero risultare strettamente calzanti alla capitalizzazione della società, a specifiche esigenze organizzative e ai peculiari interessi gestori, anche di particolari categorie di soggetti, caratterizzanti la singola s.p.a. E infatti innegabile, come evidenziato da tempo in rodete esperienze straniere, *per un verso*, che quello del numero eccessivo e non attentamente calibrato crea problemi, più o meno gravi e perduranti, di *deficit* di funzionamento del consiglio di sorveglianza [cfr. BÖCKLI, *Konvergenz: Annäherung des monistischen und dualistischen Führungs- und Aufsichtsratsystems*, in HOMMELHOFF/ /HOPT/v.WEDER (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance. Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, Köln, 2003, p. 213]; *per altro*, che lo sforzo, anche statutario, è comunque da dispiegare almeno verso il tentativo di conciliare consigli di sorveglianza a composizione numerica rilevante con l'effettività di esercizio delle funzioni a esso attribuite, prima tra tutte quella di vigilanza sulla gestione [OETKER, *Aufsichtsrat/Board: Aufgaben, Besetzung, Organisation, Entscheidungsfindung und Willensbildung- Rechtlicher Rahmen*, ivi, p. 266 ss.; v. pure LUTTER, *Defizite für eine effiziente Aufsichtsratsstätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung*, in ZHR 1995, p. 297]
- 6) L'efficienza del consiglio di sorveglianza aumenta con la qualificazione e l'indipendenza dei suoi componenti. Le istanze tese all'organizzazione e all'implementazione di un soddisfacente apparato di regole pongono al centro di auspiccate scelte legislative ovvero di autoregolamentazione la composizione soggettiva del consiglio di sorveglianza e le procedure di selezione che permettano di dotare le società di un organo di controllo interno che si presenti potenzialmente e concretamente idoneo a svolgere le funzioni, esercitare le competenze e adempiere ai doveri di cui è investito. La composizione del consiglio di sorveglianza dovrebbe nel complesso assicurare che tutti i compiti si prestino a essere assolti con sufficiente competenza e adeguata disponibilità di tempo. Quest'ultima dovrebbe riguardare non solo la più costante partecipazione possibile alle riunioni

dell'organo, ma anche la preparazione delle stesse. Ogni componente del consiglio di sorveglianza dovrebbe possedere conoscenze tali che gli consentano almeno di valutare le informazioni che riceve. Ogni componente del consiglio di sorveglianza dovrebbe denotare un livello possibilmente eccellente in merito a specifici requisiti di qualificazione. Nella concretizzazione di questi, bisognerebbe distinguere tra le qualifiche che ogni componente del consiglio di sorveglianza deve possedere e i requisiti ulteriori richiesti a componenti aventi funzioni e incarichi specifiche (Presidente del consiglio di sorveglianza e componenti dei comitati). La procedura per la nomina dei componenti del consiglio di sorveglianza dovrebbe individuare, per quanto riguarda un adeguato profilo di qualificazione, persone che siano il più possibile idonee a un inserimento nel consiglio: per queste sollecitazioni v. ora alcune *Thesen* (in particolare, le nn. 1.2, 2.1, 2.2, 2.3, 2.5, 3.12) del *Roundtable des Berlin Center of Corporate Governance (BCCG)* (in *DB*, 2007, p. 297 ss.; e, nella traduzione italiana di Cariello e Haberl, *Requisiti dei componenti del consiglio di sorveglianza e della loro nomina: le Thesen del Roundtable des Berlin Center of Corporate Governance*, in *RDS*, 2007/2, p. 254 ss. In particolare, l'indipendenza e la professionalità dei componenti dei consigli di sorveglianza di società per azioni quotate (ma non solo) rappresentano un tradizionale banco di prova della funzionalità ed efficienza del sistema medesimo; e v. ora la richiesta (Disposizioni di Vigilanza, *cit.*, p. 11) per le banche di garanzia di livelli di professionalità dei componenti degli organi di controllo adeguati alla complessità operativa e dimensionale della banca (fermo il disposto dell'art. 26 t.u.b.c.). Si può fare affidamento sulla constatazione, anche in questo caso suscettibile di ampi riscontri teorici ed empirici forniti da altre esperienze, che la questione dei (sufficienti e minimi) requisiti di professionalità dei componenti del consiglio di sorveglianza risalta con maggiore evidenza e urgenza nelle società di grandi dimensioni connotate da complessità gestionali e di conduzione. Pienamente condivisibili divengono le sollecitazioni a evitare consigli di sorveglianza a ridotto o comunque non sufficiente grado di professionalità e d'indipendenza "interna" (dai soci ovvero dal consiglio di sorveglianza) ed "esterna", a scarso ricambio e a rinnovamento tendenzialmente bloccato, disattenti o poco accorti alle particolari qualificazioni che dovrebbero possedere il presidente dell'organo e i componenti degli eventuali comitati ricavati al suo interno. A tutto ciò è particolarmente sensibile l'esperienza tedesca: v., da ultimo: Thümmel, *Professionelle Aufsichtsräte braucht das Land*, in *Der Aufsichtsrat* 2007, p. 65; cfr. altresì, *ex multis*, Wackerbarth, *Investitorvertrauen und Corporate Governance*, in *ZGR*, 2005, p. 714 ss.; Roth/Wörle, *Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – Recht und Wirklichkeit*, *ivi*, 2004, p. 610 ss. Bernhardt, *Aufsichtsrat – die schönste Nebensache der Welt? Defizite für eine effiziente Aufsichtsratsstätigkeit*, in *ZHR* 1995, p. 310 ss.; Möllers, *Professionalisierung des Aufsichtsrats*, in *ZIP*, 1995, p. 1725 ss.).

Preme qui offrire qualche sintetico spunto di riflessione in relazione ad alcune questioni concernenti l'indipendenza dei consiglieri di sorveglianza. Nel dettaglio: a) *requisiti legali di indipendenza dei componenti del consiglio di sorveglianza di società quotata* (art. 148, comma 4° bis, t.u.f. il quale rinvia al comma 3°). In generale, essi vanno interpretati tenendo conto che il legislatore si è mosso nella prospettiva di una tutela più stringente dell'indipendenza del consiglio di sorveglianza, al contempo, nei confronti del potere di gestione diretta quale esercitato, in via immediata, dal consiglio di gestione della quotata e del potere di eterogestione quale esercitabile dagli amministratori dell'ente controllante l'emittente. Nelle quotate, a differenza delle non quotate, risulta maggiormente avvertito dal legislatore il pericolo di commistione sostanziale e formale tra la struttura organica della controllante (quale riflessa nell'organo titolare esclusivo della funzione di gestione, vale a dire l'organo puramente amministrativo) e quella della controllata (quale individuabile nel suo organo di vigilanza); e correlativamente la necessità di salvaguardare la separazione delle funzioni (di gestione, *strictu sensu*, e di controllo) quale esercitate, rispettivamente, dall'organo amministrativo della controllante e da quello di vigilanza della controllata; e v. di recente anche gli spunti P. Marchetti, *Relazione* al Convegno di Courmayeur, 5 ottobre 2007; C. Marchetti, *Composizione e nomina degli organi sociali: ovvero, la missione dei consigli di gestione e di sorveglianza*, in *AGE* 2007/2, p. 317 s. Nelle società quotate, il divieto di nominare amministratori della controllante nel consiglio di sorveglianza della controllata rivela una *ratio* in un certo senso analoga, o se si preferisce speculare, a quella del divieto di nomina del consigliere di gestione della società quotata nel consiglio di sorveglianza della medesima società (art. 2409 *novies*, comma 4°, c.c.): vale a dire, evitare che chi, in forza di un rapporto di preposizione organica, esercita la

gestione diretta nella società o chi esercita la gestione della società che a sua volta ha potere di eterogestione della controllata eserciti altresì la funzione di controllo nella società controllata. E' un problema, anzitutto, di evitare commistioni di funzioni tra soggetti che esercitano funzioni diverse (di pura gestione e controllo) nella medesima società o in società legate alla stessa da una relazione di controllo (per inciso, la commistione tra funzione che ha in mente il legislatore e che si propone di evitare formulando alcune regole d'incompatibilità assoluta di cui all'art. 148, comma 3°, t.u.f. sembra invero essere quella tra funzione di gestione quale di spettanza esclusiva dell'organo amministrativo della dominante e funzione di controllo di titolarità altrettanto esclusiva dell'organo di sorveglianza della dominata); *b)* in occasione dei rinnovi dei consigli di sorveglianza, è opportuno che l'indipendenza sostanziale dei componenti dell'organo qualificati indipendenti ai fini del Codice di Autodisciplina sia misurata anche in ragione della *nomina a componente dell'organo di controllo di chi ha già ricoperto la carica di componente del consiglio di gestione*. L'esperienza straniera, come d'altronde il diritto comunitario, dimostrano, al contempo, che la questione del passaggio senza soluzione di continuità da un organo all'altro deve essere affrontata con estrema prudenza e scervra da radicalismi, ponderando la reale efficienza dell'introduzione di divieti legali o di periodi di *Cooling-off*. In ogni caso, sarebbe del tutto legittimo stabilire per via statutaria o un divieto assoluto di passaggio o di passaggio immediato da componente del consiglio di gestione a presidente del consiglio di sorveglianza o dei comitati (e sull'applicazione della regola per il comitato controllo interno v. Altmeppen, *Der Prüfungsausschuss – Arbeitsteilung im Aufsichtsrat*, in *ZGR* 2004, p. 404 s.); o una limitazione di tale passaggio a casi eccezionali e adeguatamente motivati [cfr., per altre esperienze, *Deutschen Corporate Governance Codex*, Ziffer 5.4.4 e 5.3.2; § 3.2. della Raccomandazione CE 15 febbraio 2005, *cit.*]. Che quella concernente la c.d. porta girevole consiglio di gestione-consiglio di sorveglianza sia una regola organizzativa avvertita come "nevralgica" nelle società quotate tedesche lo dimostra il riscontro della prassi applicativa del *Deutscher Corporate Governance Kodex* delle società del DAX: secondo il *Kodex Report* 2007, il 79,3% delle società del segmento si sono uniformate alla Ziffer 5.4.4. S. 1, costituendo la regola una delle quattro di più ricorrente accettazione (v. Weder, in Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder, *op. cit.*, Rn 1641, p. 363).

- 7) Anche se non mancano perplessità di qualificazione, le regole di composizione quantitativa e qualitativa del consiglio di sorveglianza possono essere ascritte a quelle proprie dell'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza (e v., in riferimento alle prescrizioni legali dei requisiti d'indipendenza degli Aufsichtsratsmitgliedern, Binder, *op. cit.*, p. 754).
- 8) Facenti riferimento all'adozione di un regolamento, a cui andava demandato di disciplinare modalità di convocazione e deliberazione e la eventuale istituzione di comitati; e al diritto di convocazione diretta del consiglio di sorveglianza da parte del singolo componente la cui precedente richiesta di convocazione fosse rimasta inascoltata: art. 13 testo approvato il 26 febbraio 2002; art. 12 testi approvati il 14 maggio e il 3 luglio 2002.
- 9) Di cui si prevedeva la possibile costituzione, con riserva di "competenze specifiche" e salvezza della responsabilità solidale dei componenti del consiglio in caso di "eventuale ripartizione di competenze" tra i comitati: art. 14 testo approvato il 26 febbraio 2002; art. 13 testi approvati il 14 maggio e il 3 luglio 2002.
- 10) Della costituzione di comitati nell'ambito del consiglio di sorveglianza si occupa, sebbene laconicamente, il *Codice di Autodisciplina* italiano (art. 12).
- 11) Non è revocabile in dubbio che, a dispetto del silenzio normativo, sia comunque da riconoscere al consiglio di sorveglianza il diritto-potere-dovere di organizzare la sua attività: e v. ora anche P. FERRO – LUZZI, *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, in *AGE* 2007/2, p. 247; v. anche dopo.
- 12) V. dopo.
- 13) BANCA D'ITALIA, Disposizioni di Vigilanza; artt. 5-9 *Regolamento congiunto BANCA D'ITALIA e CONSOB ai sensi dell'art. 6, comma 2 bis, del t.u.f.* Ad aspetti propriamente attinenti l'organizzazione dei processi di adozione delle decisioni del consiglio di sorveglianza rimanda la richiesta di una verbalizzazione dettagliata del procedimento di formazione delle decisioni dell'organo e delle loro motivazione (arg. ex art. 7, comma 2°, *Regolamento Banca d'Italia-Consob ai sensi dell'art. 6, co. 2 bis, TUF*). Ed ancora: alludono chiaramente alla necessità ovvero

opportunità di regole a valenza organizzativa interna della struttura e del funzionamento, tra l'altro, del consiglio di sorveglianza le Disposizioni di Vigilanza che, su un piano più generale, invitano a realizzare una chiara ed equilibrata distinzione e ripartizione di ruoli, responsabilità compiti e poteri nell'ambito degli organi, nella prospettiva di un appropriato bilanciamento pure intraorganico dei poteri; ad assicurare un'efficacia dei controlli; a garantire un'adeguata trasparenza e sostanziale correttezza nell'assunzione di delibere riguardanti operazioni per le quali i consiglieri abbiano interessi per conto proprio o di terzi; a istituzionalizzare i flussi informativi all'interno degli organi, relativamente alle loro riunioni. Si prestano parimenti a essere catalogate nel contesto della disciplina complessiva dell'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza delle banche dualistiche le regole, anch'esse enucleabili dalle Disposizioni di Vigilanza, destinate a prevedere, tra l'altro, l'approvazione di un progetto di governo societario che illustri anche gli assetti di organizzazione interna e, in particolare, compiti poteri e composizione del consiglio di sorveglianza (come degli altri organi aziendali) e i flussi informativi; la costituzione di comitati interni, in particolare nell'ambito dell'organo di supervisione strategica nelle realtà aziendali di maggiori dimensioni o connotate da un'elevata complessità operativa, composti di norma da tre a cinque membri; il divieto di costituzione di comitati interorganici e di più di un comitato per il controllo interno (all'interno dello stesso organo o di diversi organi); la necessità d'istituzione di un comitato per il controllo interno al ricorrere di consigli di sorveglianza ad ampia composizione o intestatari della funzione di supervisione strategica; l'attribuzione dell'esercizio dei poteri ispettivi a tale comitato laddove il consiglio di sorveglianza sia composto da più di sei consiglieri; la composizione totalmente indipendente di comitato per il controllo interno; la partecipazione alle riunioni del consiglio di gestione di almeno un componente dello stesso comitato o in caso di sua mancanza dei soggetti più idonei a svolgere per professionalità e indipendenza tale partecipazione; il divieto per il presidente del consiglio di sorveglianza con funzione di supervisione strategica di far parte del comitato per il controllo interno e in questo caso, per connessione, l'implicito divieto per lo stesso presidente di partecipare e assistere alle riunioni del consiglio di gestione; la motivazione della revoca e sostituzione dei componenti comitato controllo interno disposta dal consiglio di sorveglianza; un'adeguata trasparenza e sostanziale correttezza delle decisioni di quest'organo rispetto alle quali i suoi componenti risultino titolari d'interessi propri o altrui.

- 14) BANCA D'ITALIA, *Circolare* 27 dicembre 2006, n. 263 (*Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche* - Titolo I, Capitolo 1; Titolo IV, Capitolo 11).
- 15) Soprattutto i documenti *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, giugno 2004 (segnatamente, il Secondo Pilastro); *Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria*, ottobre 2006 (connessione tra struttura dell'organo cui competono le funzioni di gestione e/o supervisione strategica ed efficienza: § 17); *Rafforzamento del governo societario nelle organizzazioni bancarie*, febbraio 2006 (in particolare, §§ 21-23). A una maggiore attenzione per le regole procedurali dell'organizzazione degli organi amministrativo e di controllo delle banche stimolata dalle norme di gestione del rischio elaborate in Germania per soddisfare le indicazioni di Basilea II si richiama BINDER, *op. cit.*, pp. 746 e 748 ss.; e cfr. anche BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT (BAFIN), *Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)*, Rundschreiben 18/2005, del 20 dicembre 2005.
- 16) Evidente che l'eteroorganizzazione del consiglio di sorveglianza è determinata pure da quelle regole normative legali o regolamentari dedicate ad aspetti dell'organizzazione interna dell'organo. Qui interessa però richiamare l'attenzione sul possibile conflitto tra fonte statutaria dell'eteroorganizzazione del consiglio di sorveglianza e fonti decisionali di autorganizzazione del medesimo consiglio di sorveglianza.
- 17) E nei relativi regolamenti attuativi CONSOB.
- 18) In argomento, v. dopo, § 3. Di per sé e a una istintiva valutazione, la prescrizione statutaria contemplante questa partecipazione ha un impatto diretto sull'*organizzazione interna del consiglio di gestione*, piuttosto che su quella del consiglio di sorveglianza. Tuttavia- estendendo ora il discorso oltre le banche - la previsione di tale partecipazione non tarda a rivelare un evidente risvolto organizzativo interno per il consiglio di sorveglianza. Ricadute altrettanto dirette sulla stessa *organizzazione interna del consiglio di sorveglianza* si hanno, tra l'altro, ove alla medesima previsione si affianchino regole che a) concretizzandola, identifichino una volta per tutte, magari *per relatio-*

*nem*, quale componente del consiglio di sorveglianza debba partecipare alle riunioni del consiglio di gestione; *b*) in ipotesi di temporanea indisponibilità di questo componente, consentano l'attribuzione di una delega partecipativa ad altro componente, anch'esso identificato una volta per tutte *per relationem* ovvero per la cui delega occasionale sia richiesta un'investitura del consiglio di sorveglianza oppure di un suo comitato; *c*) prescrivano modalità e tempi di comunicazione al *plenum* del consiglio di sorveglianza, da parte del componente partecipante alle riunioni del consiglio di gestione, delle informazioni acquisite nel corso di questa o più in generale di una relazione o rapporto avente a oggetto andamento ed esiti della riunione dell'organo amministrativo. Quali norme di natura procedimentale (v. *infra*), anche queste potrebbero in teoria essere contemplate in statuto e vincolare pertanto il consiglio di sorveglianza alla loro adozione, senza renderne possibile una modifica da parte dello stesso. D'altra parte, lo statuto potrebbe anche limitarsi a previsioni di genere, poi da attuare, pur sempre nel rispetto dello statuto medesimo e della legge, dal consiglio di sorveglianza con propri atti (in questo senso, per fare un esempio attinente a uno dei versanti d'intervento dispositivo prospettati *sub a*)-*c*), lo statuto potrebbe prescrivere unicamente che a partecipare alle riunioni del consiglio di gestione sia un componente di un comitato del consiglio di sorveglianza, rinviando per la sua identificazione a una decisione dello stesso comitato; oppure prevedere che il potere partecipativo sia attribuito a un componente del consiglio di sorveglianza da questo individuato una volta per tutte o di volta in volta; cfr., per la prassi statutaria, *Regolamento in ordine all'esercizio da parte dei componenti del Consiglio di Sorveglianza della facoltà di assistere alle sedute del Consiglio di Gestione e degli organi collegiali delle società controllate* adottato dal consiglio di sorveglianza del BANCO POPOLARE ai sensi dell'art. 32.3 dello Statuto).

- 19) Disposizioni di Vigilanza, *cit.*, p. 9.
- 20) Cfr. *infra*.
- 21) V. appresso, nel testo. La conclusione non è suscettibile di essere contrastata adducendo la scomparsa, nella normativa della riforma delle società di capitali, delle disposizioni che nei testi preparatori della disciplina del sistema dualistico messi a punto dalla Commissione ministeriale nella prima metà del 2002 prevedevano che il consiglio di sorveglianza adottasse un simile regolamento, sembrando quindi addirittura sancire in capo all'organo un dovere, e non un mero potere, di adozione. Di fronte alla sopraggiunta omissione finale, si è semmai legittimati a concludere, in prima battuta, che a essere stata abbandonata è la prospettiva di una prescrizione legale di obbligatorietà dell'adozione del regolamento del consiglio di sorveglianza, senza ciò di per sé precludere, ma anzi potendo forse confermare, la permanenza implicita del potere del consiglio di sorveglianza di società non quotata di addivenire a tale adozione.
- 22) Affermazione pacifica e costante nella giurisprudenza teorica e pratica di altri Paesi [v. in particolare, Germania, Austria e Francia (e per quest'ultima esperienza, cfr. anche AMF, *Rapport 2006 sur le gouvernement d'entreprise et le controle interne*, 22 gennaio 2007)].
- 23) Sulla scorta della più sperimentata elaborazione pratica [cfr. ad esempio *Geschäftsordnung des Aufsichtsrat der Commerzbank*: la prassi, dal canto suo, raccoglie gli esiti dell'elaborazione teorica e giurisprudenziale e, tanto nelle società quotate che in quelle non quotate di qualunque settore, tende a riflettere, oltre ovviamente le norme di legge, le indicazioni del *Deutscher Corporate Governance Codex* (in particolare, *Ziffer* 5.1-5.6: per i cui commenti v., da ultimo, KREMER, in RINGLEB/KREMER/LUTTER/v.WERDER, *op. cit.*, Rn 900 ss., p. 235 ss.)], il contenuto tipico minimo del regolamento del consiglio di sorveglianza dovrebbe prevedere, tra l'altro, ovviamente con quegli adattamenti resi necessari da eventuali differenti disposizioni di legge, un'*autovalutazione di efficienza del consiglio* (da una a due volte all'anno), la *composizione* [tra l'altro, con possibilità d'inserire *limiti di età*, sulla falsariga di quanto previsto dalla prassi e dalle legislazioni di altri Paesi (in Francia, cfr. Art. L.225-70 al 1 e 2 *Code com*); sui limiti convenzionali all'assunzione della carica di presidente del consiglio di sorveglianza da parte di soggetti precedentemente componenti del consiglio di gestione, v. dopo], i *limiti al cumulo degli incarichi*, il *divieto di concorrenza dei componenti e "gestione" intraorganica e interorganica dei loro conflitti d'interesse*, la *nomina del presidente e degli eventuali vice presidenti*, i *diritti doveri e poteri generali ed eventualmente "speciali" dei singoli componenti*, la *procedura di convocazione del consiglio*, la *partecipazione dei consiglieri di gestione alle riunioni del consiglio di sorveglianza*, il *coordinamento del lavoro del*

*consiglio da parte del presidente, le maggioranze il procedimento di verbalizzazione e di eventuale motivazione delle decisioni, la costituzione dei comitati e le regole di composizione e funzionamento* (con possibilità di parziale replica di quelle di funzionamento dell'organo).

- 24) Con previsione anche di membri supplenti.
- 25) Nelle società quotate, per norma di legge (art. 151 *bis*, comma 2°, t.u.f.) che parrebbe davvero inderogabile quale sia l'emittente, è riconosciuto al singolo componente del consiglio di richiedere la convocazione dell'organo. Il potere individuale di richiesta di convocazione può essere riservato anche nelle società non quotate, tramite apposita disposizione statutaria ovvero del regolamento del consiglio di sorveglianza (quest'ultimo però non potrà disattendere il tenore della previsione statutaria già prevista). Al pari, in ogni società, lo statuto ovvero il regolamento del consiglio di sorveglianza (ancora una volta, senza che però il regolamento possa contrastare con quanto previsto in statuto), potranno legittimare il consiglio di gestione o il suo presidente di richiedere la convocazione del consiglio di sorveglianza (a livello di legislazioni straniere, riconoscono questo potere, ad esempio, il § 110 *Abs. 1 AktG* tedesco; e l'art. 107 al. 2 e 3 *Décret 67-236* francese). Tanto lo statuto quanto il regolamento, questo ancora in supplenza dello statuto, potrebbero altresì ammettere, sempre prendendo a modello previsioni legislative straniere (§ 110 *Abs.2 AktG* tedesco; art. 107 al. 2 e 3 *Décret 67-236* francese), che, non essendo disposta la richiesta convocazione, alla medesima provvedano il o i richiedenti. Mancando una disposizione statutaria o regolamentare in tal senso, la convocazione diretta potrebbe forse essere ammessa, a tutto concedere, nei casi di comprovata urgenza al fine di evitare un danno alla società. Negli altri casi, il richiedente non soddisfatto potrebbe tutelare la propria situazione soggettiva attiva adendo all'autorità giudiziaria per ottenere un'inibitoria d'urgenza, nella forma dell'ordine (di fare) di convocazione rivolto al presidente del consiglio di sorveglianza (in generale, sulla tutelabilità in via cautelare atipica di simili situazioni soggettive attive dei componenti degli organi di amministrazione e controllo di s.pa., si rinvia a CARIELLO, *I conflitti «interorganici» e «intraorganici» nelle società per azioni (Prime considerazioni)*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, *Assemblea – Amministrazione*, Torino, 2006, p. 819 ss.). Infine, lo statuto, il regolamento generale del consiglio di sorveglianza ovvero l'eventuale regolamento specifico del comitato potranno stabilire che il singolo componente del medesimo comitato o un consigliere non suo componente possano richiederne la convocazione (e stabilire anche che il presidente del comitato stesso valuti se accedere alla richiesta rifacendosi alla conformità della stessa all'interesse di un efficiente esercizio dei compiti, poteri e attribuzioni del comitato; e si potrebbe ammettere anche una richiesta di convocazione pure in assenza di una previsione statutaria e regolamentare, fermo il diritto-dovere del presidente di vagliarla alla luce del medesimo interesse).
- 26) Si può rilasciare un giudizio di legittimità per una regola (statutaria o in regolamento del consiglio di sorveglianza, quest'ultimo sul punto gerarchicamente sottordinato allo statuto) che preveda *maggioranze rafforzate o qualificate* almeno rispetto alle delibere espressive dell'esercizio di competenze di alta amministrazione c.d. originaria (ad esempio, nomina, sostituzione e revoca dei consiglieri di gestione) o della funzione d'indirizzo strategico [cfr. già CARIELLO, *La disciplina «per derivazione» del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, 86 ss.; ID, *Il sistema dualistico*, cit., 61, nt. 133; su analoghe posizioni favorevoli alla legittimità di maggioranze qualificate espressive di queste competenze e funzioni, v. in seguito, per dottrina tedesca (in forza di un'applicazione analogica del § 50 *Regol. SE*), JÜRGENMEYER, *Satzungsklauseln über qualifizierte Beschlussmerkmale im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft*, in *ZGR*, 2007, p. 135 ss.; nella prassi, ad esempio, art. 28.4 Statuto INTESA SAN PAOLO (maggioranze speciali per la nomina del presidente e vice presidente del consiglio di gestione); art. 48 Statuto UBI (proposta di modifica statuto sociale)] ovvero competenze di autorganizzazione [cfr. art. 48 Statuto UBI (modifica di regolamenti comitato nomina); JÜRGENMEYER, *op. cit.*, p. 141 s.]. Qualche dubbio si continua a nutrire, al contrario, per l'ammissibilità, in diritto italiano, d'innalzamento dei *quorum* deliberativi concernenti decisioni nelle quali si esplica la tipica funzione di controllo di legalità *ex post* sulla gestione; di avviso diverso, per diritto tedesco (ove, per inciso, non esistono disposizioni in materia di *quorum* deliberativi "variabili" del consiglio di sorveglianza simili a quelle ricostrui-

bili per diritto italiano alla luce del doppio rinvio disposto dall'art. 2409 *quaterdecies*, comma 1°, c.c. agli artt. 2388 e 2404 c.c.), JÜRGENMEYER, *op. cit.*, p. 138 ss. In luogo delle maggioranze rafforzate, o simultaneamente, si potrebbe prevedere (soluzione caldeggiata dal *Codice di Autodisciplina* polacco del 2005, § 20) la necessità che certe decisioni del consiglio siano adottate con il consenso della maggioranza degli indipendenti (non solo *ex lege*); o, come per il *Codice di Autodisciplina* danese (IV 2) e anche alla luce delle elaborazioni teorica e pratica tedesca, che le decisioni più importanti debbano essere prese in presenza del presidente o con il suo voto favorevole (v. anche dopo).

- 27) Di cui potrebbe essere prevista anche la richiesta di integrazione da parte di uno o più componenti del consiglio di sorveglianza.
- 28) Nella prassi statutaria delle quotate, per le riunioni del consiglio di sorveglianza, si adotta in prevalenza il minimo legale (ogni 90 giorni: art. 22, comma 3°, Statuto MANAGEMENT & CAPITALI S.p.A.; art. 26 comma 1°, Statuto S.S. LAZIO); anche se non è sconosciuta una frequenza leggermente maggiore (5 volte all'anno: art. 16 Statuto MEDIOBANCA) e addirittura la regola mensile (art. 24.2, Statuto INTESA SANPAOLO). In quest'ultimo senso, una frequenza delle riunioni del consiglio di sorveglianza che si avvicini a quella del consiglio di gestione è auspicata, da ultimo, da FONK, *Zustimmungsvorbehalte des AG-Aufsichtsrats*, in *ZGR*, 2006, p. 854.
- 29) Potrebbe essere valutato di orientare la disciplina "convenzionale" degli interessi dei componenti del consiglio verso scenari più rigorosi della semplice informazione e motivazione (per i quali v. Codice di Autodisciplina italiano, Criterio applicativo 10 C 4, come applicabile anche ai componenti del consiglio di sorveglianza) e pertanto ripristinare, con disposizione dello statuto o del regolamento del consiglio di sorveglianza (il primo sovraordinato al secondo), la regola dell'astensione "secca" o assoluta dal voto e dalla discussione o quella dell'astensione "relativa", con facoltà quindi del consiglio di ammettere alla discussione ed eventualmente alla votazione il consigliere interessato. Nemmeno si possono escludere, in teoria, soluzioni ancora più radicali, che aprano alla cessazione della carica del componente del consiglio di sorveglianza per il quale ricorrano vere e proprie situazioni di conflitti di interessi rilevanti e non occasionali: in tal senso è la soluzione del *Deutschen Corporate Governance Codex*, Ziffer 5.5.3; e, più diffusamente, alcune *Thesen* del *Roundtable des Berlin Center of Corporate Governance*: 3.6, 3.9, 3.10 (c.d. cronici conflitti di ruolo sistematici). La gestione delle situazioni di titolarità di interessi di consiglieri di sorveglianza di banche a sistema dualistico (tramite norme statutarie che assicurino adeguata trasparenza e sostanziale correttezza alla relative decisioni) è riferita espressamente dalle Disposizioni di Vigilanza, *cit.*, p. 7, alle sole ipotesi in cui l'organo abbia funzione di supervisione strategica. Non pare chiaro se con questa disposizione si sia inteso richiamare a particolari cautele nella gestione delle superiori situazioni allorché il consiglio di sorveglianza rivesta il ruolo di titolare della funzione d'indirizzo strategico, senza con questo voler escludere l'osservanza di accortezze sostanziali e procedurali pure nell'ipotesi in cui quelle situazioni si presentino in seno a un consiglio di sorveglianza munito della sola funzione di controllo; oppure proprio limitare queste cautele alla sola evenienza di consiglio di sorveglianza con funzione d'indirizzo strategico. Se quest'ultima fosse l'impostazione, essa non convince. E difatti, disponendo la cautela di regolamentazione procedimentale per la sola situazione del consiglio di sorveglianza titolare della funzione d'indirizzo strategico, si dimenticherebbe che una disciplina degli interessi non è meno rilevante quando il consiglio sia depositario anche della sola funzione di controllo sulla gestione. Al più, si potrebbe provare a sostenere che nel caso dell'intestazione della funzione d'indirizzo strategico dell'impresa la situazione di contitolarità richieda di essere più attentamente presidiata. Come regola organizzativa interna si potrebbe allora pensare forse a uno sdoppiamento delle discipline: informazione e motivazione nel caso in cui la situazione di interessi si presenti in consiglio di sorveglianza provvisto della sola funzione di controllo; informazione, astensione ("assoluta" o "relativa") e motivazione della decisione se quella situazione ricorra per un consiglio di sorveglianza con funzione d'indirizzo strategico (oppure, disciplina di base unitaria rappresentata dall'informazione e motivazione in entrambe le configurazioni funzionali del consiglio di sorveglianza, con aggiunta dell'astensione, "assoluta" o "relativa", laddove il consiglio di sorveglianza titolare pure della funzione d'indirizzo concretamente si trovi a deliberare nell'esercizio di tale funzione).

- 30) Distinguibili in regole concernenti, tra altre, la condotta partecipativa alle riunioni (convegno nella discussione e votazione e specifici obblighi informativi) ed le eventuali sanzioni per assenteismo non giustificato.
- 31) Suddivisibili nella triplice principale tipologia di regole relative a *come* partecipare, a *chi* può partecipare e su *quali presupposti*. Non vi possono essere dubbi sull'ammissibilità di una clausola statutaria ovvero di una disposizione del regolamento generale del consiglio di sorveglianza che preveda la partecipazione alle riunioni di quest'organo di o dei componenti del consiglio di gestione: e per la prassi italiana, cfr. ora art. 18 Statuto MEDIOBANCA. Sui profili teorici della questione, v. dopo.
- 32) Motivazione da promuovere oltre i casi di decisioni affette da compresenza di titolarità da parte dei consiglieri di sorveglianza di interessi propri o altrui.
- 33) Pertanto, una modifica dello statuto pertinente queste regole organizzative imporrebbe un cambiamento delle corrispondenti regole contenute nel regolamento del consiglio di sorveglianza (e comunque una disapplicazione automatica della vecchia previsione regolamentare difforme da quella nuova statutaria).
- 34) L'intervento suppletivo del regolamento potrebbe riguardare, ad esempio, l'eventuale richiesta di convocazione del consiglio di sorveglianza da parte del consiglio di gestione, la formazione dell'ordine del giorno dell'organo e dei comitati, la partecipazione di esterni alle riunioni del consiglio di sorveglianza e dei comitati, la verbalizzazione delle loro decisioni e motivazioni, i poteri del presidente dell'organo e dei suoi comitati.
- 35) D'ora in avanti, se non diversamente espresso, le affermazioni riferite al regolamento del consiglio di sorveglianza saranno da intendere estendibili anche alle delibere di natura organizzativa assumibili dallo stesso organo.
- 36) *Organisationsautonomie* od *Organisationsfreiheit* ben presente alla dottrina specialistica di lingua tedesca: cfr., tra i primi, HEIM, *Vorrang der Satzung gegenüber der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats*, in *DB*, 1972, p. 229 ss.; HOMMELHOFF, *Die Geschäftsordnungsautonomie des Aufsichtsrats – Fragen zur Gestaltungsmacht des Satzungsgebers*, in *BfuP*, 1977, p. 507 ss.; SÄCKER, *Aufsichtsratsausschüsse nahe dem Mitbestimmungsgesetz – Einsetzung, Besetzung und Arbeitsweise*, Düsseldorf-Frankfurt, 1979, pp. 32 e 41 ss.; CANARIS, *Mitbestimmungsgesetz und innere geschäftliche Organisationsautonomie des AG*, in *DB*, 1981, Beitrage 14; più di recente, SCHÄDEL, *op. cit., passim*; HOPT u. ROTH, in *Aktiengesetz. Großkommentar*, 4. Auf., Vierter Bd., §§ 95-117, Berlin, 2006, § 107, Rn 205, 209 s., 242 ss., pp. 583 ss. e 597 ss.; v. pure gli Autori citati alle note seguenti. Da segnalare anche i principi elaborati in tema dalla giurisprudenza: v. soprattutto *BGH*, 25 febbraio 1982, in *BGHZ* 83, p. 106 ss. (in particolare, p. 114 ss.).
- 37) I limiti legali all'autonomia organizzativa del consiglio di sorveglianza comportano l'inefficacia di disposizioni del regolamento dell'organo valicanti questi limiti. Limiti che tipicamente potrebbero ben riguardare aspetti specifici dell'articolazione strutturale per comitati, incidendo ad esempio sull'autonomia del consiglio di sorveglianza nella concreta ripartizione dei compiti e poteri o anche nelle scelte di composizione degli stessi comitati. Ma sulle perplessità sollevate da simili interventi legislativi restrittivi dell'autonomia del consiglio di sorveglianza nella regolamentazione dei profili organizzativi in esame, v. *infra*.
- 38) Dal punto di vista pratico, esplicabile adottando non solo regolamenti, ma pure - alternativamente ovvero congiuntamente - singole deliberazioni.
- 39) Legislatore e interprete dovrebbero prestare massima attenzione alla distinzione tra "quanto" dell'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza possa essere disciplinato nello statuto e poi integrato dal regolamento del consiglio di sorveglianza; "quanto" dell'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza possa essere disposto dall'autonomia statutaria vincolando e limitando l'autonomia auto organizzativa del consiglio di sorveglianza, senza alcuna sua possibilità di modifica e/o integrazione; e "quanto" invece della medesima organizzazione interna di questo organo possa essere ad appannaggio esclusivo dell'autonomia dispositiva del consiglio di sorveglianza, non limitabile né vincolabile dall'autonomia statutaria ovvero da decisioni di altri organi.
- 40) Tra altri: HOMMELHOFF, *Zur Kreditüberwachung im Aufsichtsrat*, in *Festschrift für Werner*, Berlin, 1984, p. 323 ss.; RELLERMEYER, *Aufsichtsratsausschüsse*, Köln, 1986, p. 273 ss.; SEMLER, *Ausschüsse des Aufsichtsrats*, in *AG*, 1988, p. 61 ss.; ID, in *Münchener Kommentar zum Aktienge-*

setz, Bd. 3, München, 2004, § 107, Rn 226 ss., p. 821 ss.; MARTENS, in *Köhlner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 2, 2. Aufl., Köln, 1996, § 107, Rn 90 ss., p. 492; LUTTER u. KRIEGER, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 4. Aufl., Köln, 2002, Rn. 639 ss., p. 246 ss.; OETKER, *Aufsichtsrat/Board: Aufgaben, Besetzung, Organisation, Entscheidungsfindung und Willensbildung – Betriebswirtschaftliche Ausfüllung*, in HOMMELHOFF/HOPT/V..WERDER (Hrsg.), *op. cit.*, p. 274 s.; HOFFMANN u. PREU, *Der Aufsichtsrat*, 5. Aufl., München, 2003, Rdn 146 ss., p. 35 ss.; HÜFFER, *Aktiengesetz*, 7. Aufl., München, 2007, § 107, Rn 16, p. 550; RAISER u. VEIL, *Rechts des Kapitalgesellschaften*, 4. Aufl., München, 2006, § 15, Rn 88, p. 202; HOPT/ROTH, *op. cit.*, Rn 242 ss., p. 596 ss.; BGH 25 febbraio 1985, *loc. cit.*; BGH 17 maggio 1993, in BGHZ 122, p. 355. Nell'esperienza tedesca il § 107 Abs 3 AktG rappresenta la traduzione normativa di un principio d'immanenza sistematica riconducibile a regole generali dell'organizzazione corporativa interna dell'*Aktiengesetz* la cui osservanza risulterebbe imposta a prescindere dall'esistenza di norme di legge che le esprimano. Ed è per questo che "in ragione dell'autonomia organizzativa" del consiglio di sorveglianza sono considerate inammissibili clausole statutarie sulla costituzione, sulla composizione, sui compiti e sui presidenti dei comitati del consiglio di sorveglianza (*rectius*, clausole che vincolano in queste materie il consiglio di sorveglianza), potendo le decisioni su tali aspetti essere adottate solo dall'organo con il suo regolamento o con singole delibere (cfr., per tutti, HOPT u. ROTH, Rn 205, p. 583). Ed è sempre per la riferibilità dell'autonomia organizzativa del consiglio di sorveglianza in tema di concreta organizzazione del lavoro dell'organo a un principio generale che il legislatore non prevede espressamente che lo statuto possa, in via di deroga al potere del consiglio di sorveglianza, vietare o imporre la costituzione dei comitati. In altre parole, è il riconosciuto principio dell'autonomia organizzativa dispositiva del consiglio di sorveglianza in materia che pare determinare le tre principali scelte "negative" del legislatore in argomento: (i) la costituzione dei comitati non è rimessa allo statuto; (ii) la costituzione dei comitati non è imposta per legge; (iii) la costituzione dei comitati non è affidata al consiglio di sorveglianza, salvo che lo statuto non disponga diversamente. Per diritto italiano – omologando in questo senso tutti e tre i sistemi di amministrazione e controllo, con un'uniformazione interpretativa che andrebbe forse meglio accertata nella sua spendibilità -, sembrano ritenere lo statuto fonte di costituzione dei comitati consultivi R. LENER, *Comitati interni e consiglieri "non sorveglianti"*, in AGE 2007, p. 370; e già M. STELLA RICHTER, *I comitati interni all'organo amministrativo*, in Riv. soc., 2007, p. 265 s. (lamentando la scarsa cogenza delle scelte della prassi di gran lunga propensa a rimettere a decisioni dell'organo istitutivo la creazione e la composizione dei comitati. Ma guardando in questa sede al sistema dualistico, il perseguimento dell'esigenza di cogenza non sembra prevalente sulla salvaguardia del principio di autonomia organizzativa del consiglio di sorveglianza nella scelta di costituire i comitati).

- 41) Per particolari profili relativi ai comitati, v. oltre, § 3-4. Restano fuori dalla presente analisi le questioni relative all'ammissibilità di costituzione di cc.dd. *comitati interorganici consiglio di gestione-consiglio di sorveglianza* (la cui eventuale creazione, tuttavia, ove se ne riconosca la legittimazione in tutte ovvero alcune società a sistema dualistico, dovrebbe pur sempre avvenire escludendo la sovrapposizione, la confusione e l'usurpazione delle rispettive funzioni degli organi. Comitati interorganici che però, almeno per le banche, risultano preclusi dalle Disposizioni di Vigilanza, *cit.*, p. 5.: e ciò- si legge nelle *Considerazioni della Banca d'Italia* contenute nel *Resoconto della consultazione sulla disciplina in materia di organizzazione e governo societario delle banche* - «al fine di scoraggiare la costituzione di una pluralità di strutture organizzative che possano risolversi in un intralcio dei processi decisionali...» e di evitare una limitazione delle prerogative degli organi) Diverso è che l'autonomia di scelta presupponga sciolta affermativamente la questione se spetti al consiglio di sorveglianza, piuttosto che al consiglio di gestione, istituire certi comitati; e v. per una posizione che mette in discussione l'opportunità di costituire il comitato per il controllo interno nel consiglio di sorveglianza, M.STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 272 [di cui si accoglie l'invito a considerare le alternative d'insediamento (nel consiglio di gestione ovvero in quello di sorveglianza) di questo comitato, meno la preferenza che l'Autore pare accordare all'istituzione nel consiglio di gestione]. In proposito, le Disposizioni di Vigilanza, *cit.*, p. 13, pur richiedendo che i comitati siano costituiti all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica delle realtà aziendali di maggiori dimensioni o connotate da un'elevata complessità operativa, non precludono la costitu-

zione di analoghi comitati in organi diversi da quelli di supervisione strategica: pur avvertendosi come necessario valutare «caso per caso se la coesistenza in più organi di comitati con competenze simili non configuri una sovrapposizione delle responsabilità e un intralcio ai processi decisionali» (*Resoconto della consultazione sulla disciplina in materia di organizzazione e governo societario delle banche. Considerazioni della Banca d'Italia, cit.*). Allargando la riflessione oltre le società bancarie, quanto ai comitati nomine e remunerazioni, ove si considerino i compiti tipici e caratterizzanti ad essi assegnati anche dal nostro Codice di Autodisciplina, in line di tendenza generale, se ne può professare la creazione in seno al consiglio di sorveglianza (sempre che questo, ove di piccole dimensioni, non decida di svolgerne lui stesso i compiti), indipendentemente dal fatto che il consiglio di sorveglianza eserciti la funzione d'indirizzo strategico (addotta invece come una delle due caratteristiche che suggerirebbero, secondo il commento all'art. 12 del *Codice di Autodisciplina* italiano, la costituzione dei comitati tout court nell'ambito del consiglio di sorveglianza); cfr. anche M. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 271 s; nel senso invece di una mera opportunità e non di una inevitabile costituzione nell'ambito del consiglio di sorveglianza R. LENER, *op. cit.*, p. 374. A parte la constatazione che se il consiglio di gestione fosse composto per intero da componenti esecutivi diventerebbe impossibile creare comitati al suo interno che rispettino le quote di composizione non esecutiva raccomandati, tra gli altri, proprio dal Codice di Autodisciplina italiano, è agevole invocare, infatti, l'invito del legislatore comunitario a costituire i comitati «per le nomine, le remunerazione e la revisione dei conti...all'interno ...del consiglio...di sorveglianza quando quest'ultimo, a norma del diritto nazionale, svolge delle funzioni per quanto riguarda le nomine, le remunerazioni e la revisione dei conti» (§ 5 RACCOMANDAZIONE CE del 15 febbraio 2005, cit.). Nello specifico poi, rispetto al *comitato per le nomine*, si può osservare che la sua creazione nel consiglio di gestione richiederebbe una revisione dei compiti e poteri che sono di consueto assegnati a questo comitato. E difatti, intesi i compiti tipici di questo comitato, in primo luogo non gli si potrebbe riconoscere quello concernente la cooptazione del consigliere di gestione cessato anzitempo, giacché va esclusa nel sistema dualistico l'operatività della cooptazione dei componenti dell'organo amministrativo [ex art. 2409 *novies*, comma 6°, c.c.; cfr. CARIELLO, *La disciplina*, cit., p. 72 s.; in realtà, un qualche senso giuridico lo potrebbero conservare eventuali ulteriori comitati nomine istituiti nell'ambito del consiglio di gestione allo specifico e limitato scopo di proporre all'organo amministrativo di società che dirige e coordina o semplicemente controllante la *designazione* dei componenti degli organi amministrativi di società dirette e coordinate (e sull'attribuzione al consiglio di gestione della capogruppo del «compito di designare i consiglieri esecutivi delle società del gruppo» cfr. Disposizioni di Vigilanza, *cit.*, p. 7) o, più in generale, di controllate strategiche da sottoporre ai competenti organi delle società dirette e coordinate o controllate competenti per la nomina. Al contempo, però, non si può non osservare che anche in tal caso apparirebbe comunque conservabile, da parte dello statuto, il «passaggio» autorizzativo in consiglio di sorveglianza, ex art. 2409 *terdecies*, comma 1°, lett. f-bis), c.c. della capogruppo o della controllante della designazione «concertata» tra consiglio di gestione e suo comitato nomine: e ciò in nome anche quale manifestazione di una «funzione» di «unificazione strategica» attribuibile al consiglio di sorveglianza di tali società: cfr. CARIELLO, *Consiglio di sorveglianza*, cit., p. 294 ss.; ID., *Il sistema dualistico*, cit., p. 109 ss., e dottrina ivi citata]; in secondo luogo, non pare possa comunque essere funzionale all'assetto di competenze risultante dal sistema dualistico che sia il consiglio di gestione, una volta ricevute le proposte dal proprio comitato nomine, a proporre al consiglio di sorveglianza i candidati alla carica d'indipendente; in terzo luogo, non sembra convincente che lo stesso comitato, ricavato sempre nel consiglio di gestione, formuli pareri al consiglio di gestione in merito alla composizione dello stesso organo amministrativo, da sottoporre poi da questo al consiglio di sorveglianza (semmai, ispirandosi al § 2.3.1 della RACCOMANDAZIONE CE del 15 febbraio 2005, *cit.*, il consigliere delegato o il consiglio di gestione potrebbero presentare al comitato nomine, ricavato però pur sempre nel consiglio di sorveglianza, proposte in merito alla nomina dei consiglieri di gestione). Inoltre, se si parte dal presupposto (fatto proprio appunto anche in dimensione comunitaria) che nel sistema dualistico risulta naturale definire i compiti complessivi dei comitati tradizionali (nomina, remunerazione e controllo interno) ove costituiti nell'ambito del consiglio di sorveglianza alla luce delle specifiche competenze dello stesso consiglio di sorveglianza, ne discende che il comitato nomine costituito nel consiglio di sorveglianza può vedere altrettanto

naturalmente estesa la sua competenza anche alle proposte al consiglio di sorveglianza in materia di revoca dei componenti del consiglio di gestione (cfr. Considerando n. 12 *Raccomandazione* CE del 15 febbraio 2005, *cit.*). Con riferimento al *comitato remunerazioni*, valgono considerazioni analoghe sulla praticabilità concreta della scelta d'istituire il comitato nel consiglio di gestione invece che nel consiglio di sorveglianza. E' noto che il comitato per le remunerazioni è chiamato tipicamente a presentare proposte per la retribuzione dei consiglieri investiti di particolari cariche. Ora, se si conviene che, in conseguenza della non applicazione al sistema dualistico dell'art. 2389, comma 3°, prima parte, c.c. per cui il compenso di quelli con particolari cariche è stabilito dall'organo amministrativo sentito quello di controllo (CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 37, nt. 79; ID. *La disciplina per derivazione*, cit., p. 76 s.), il consiglio di gestione non sia legittimato a stabilire il compenso dei consiglieri delegati, allora diventa impraticabile istituire un comitato remunerazioni all'interno del consiglio di gestione se lo scopo è fargli elaborare proposte allo stesso consiglio di gestione in merito alla remunerazione dei consiglieri investiti di particolari cariche. E v. ora per le banche dualistiche Disposizioni di Vigilanza, *cit.*, p. 14, testo e nota 27. Tutte le conseguenze che precedono inducono a suggerire, se un qualche significato si vuole conservare all'istituzione dei comitati "tradizionali" anche in seno al consiglio di gestione, un ripensamento dei loro compiti allorché tale istituzione avvenga. Ripensamento ovviamente rispettoso, nella forma e nella sostanza, delle intangibili competenze di legge del consiglio di sorveglianza.

- 42) Come già rammentato, contenuta negli articolati messi a punto dalla commissione ministeriale il 26 febbraio, il 14 maggio e il 3 luglio 2002; e poi rimossi dai testi successivi e non ripristinati nel testo definitivo.
- 43) V., per Germania e Francia, § 107 *Abs.* 3 S.1 *AktG*; Art. 115 al. 2 *Décret* n. 67-236 del 23 marzo 1967.
- 44) D'altronde, è ben noto, a livello comunitario, il principio della "flessibilità nell'istituzione dei comitati", di cui è espressione l'art. 7 della RACCOMANDAZIONE CE del 15 febbraio 2005, *cit.* (in particolare, degna di menzione l'affermazione - Considerando n. 10 - per cui il consiglio di sorveglianza «ha il potere di stabilire il numero e la struttura dei comitati che esso reputa utili per facilitare il proprio lavoro»).
- 45) Principio indicativo peraltro di un abbinamento profilabile tra titolarità delle funzioni e autonomia nella concreta organizzazione interna del loro esercizio soggetta unicamente ai limiti di legge.
- 46) Così è il regolamento del consiglio che può disciplinare, per rinvio totale ovvero ove non disposto, l'applicazione al comitato delle regole organizzative procedurali dettate per l'organo. Tipico di un'esauriente regolamentazione dell'organizzazione interna dei comitati la determinazione del numero di essi e dei compiti e poteri, la durata della carica dei componenti (corrispondente, di norma, a quella di componente del consiglio) e le procedure di revoca sostituzione e decadenza, la nomina del presidente, la partecipazione del presidente a tutti o alcuni comitati (per il tema della partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza, cfr. oltre) e quella di non componenti (v. sopra, nel testo), la verbalizzazione. Nel caso di disciplina "di genere" contenuta nel regolamento del consiglio di sorveglianza, le superiori regole, come scritto, sono rimandate alla formulazione di un regolamento del singolo comitato, adottato da questo e approvato dal consiglio di sorveglianza (che può però conservare un potere modificativo-integrativo); oppure adottato dal medesimo consiglio di sorveglianza (e in tema di istituzione del comitato per il controllo interno, v. ad esempio, per diritto francese, art. 4 lett. c *Règlement AMF* n. 97-02 del 21 febbraio 1997, ove era previsto che fosse il consiglio di sorveglianza a doverne definire la composizione, la missione e le modalità di funzionamento).
- 47) In via preliminare, quanto all'adozione di un regolamento generale dell'organo di banche, alla luce delle Disposizioni di Vigilanza si può osservare che: a) il consiglio di sorveglianza di una banca a sistema dualistico nella quale la funzione d'indirizzo strategico spetti a questo stesso organo pare *sia tenuto*, in presenza o meno di un riconoscimento statutario di questa facoltà [allo stato, nella prassi statutaria dualistica, la facoltà del consiglio di sorveglianza di adottare un proprio regolamento (organizzativo) risulta contemplata, ad esempio, dall'art. 16 Statuto MEDIOBANCA; e dall'art. 24.1 Statuto A2A], ad adottare un regolamento generale concernente la propria organizzazione che come minimo concorra a realizzare, assieme allo statuto, le cautele preventive di possibili pregiudizi derivanti dalla intestazione al consiglio di sorveglianza della duplice funzione di

controllo e d'indirizzo strategico. Invero, ciò si nota a prescindere dall'area (evanescente) riservabile all'incidenza dello specifico regolamento generale del consiglio di sorveglianza nelle banche alla luce delle Disposizioni di Vigilanza. E in effetti, unico ma generico il riferimento che possa far pensare all'adozione di un regolamento generale del consiglio di sorveglianza («Nei modelli dualistico e monistico le banche devono adottare idonee cautele, statutarie, regolamentari e organizzative, volte a prevenire i possibili effetti pregiudizievoli per l'efficacia dei controlli derivanti dalla compresenza nello stesso organo di funzioni di amministrazione e controllo»). A ogni buon conto, il dovere di adozione di un regolamento del consiglio di sorveglianza parrebbe sussistere almeno in tutte le ipotesi in cui il consiglio di sorveglianza non abbia predisposto simili cautele in appositi e a ciò unicamente dedicati diversi (rispetto al regolamento generale dell'organo) regolamenti. Quale, ad esempio, il c.d. *regolamento dei flussi informativi*, nelle banche dualistiche da adottarsi dal consiglio di sorveglianza quando titolare della funzione d'indirizzo strategico. La circostanza che sia prescritto essere l'organo con funzione d'indirizzo strategico a dovere approvare l'apposito e unitario regolamento disciplinante tempistica, forme e contenuti della documentazione da trasmettere ai singoli componenti degli organi propedeutica all'adozione delle decisioni all'ordine del giorno, nonché i compiti e i doveri attribuiti ai presidenti degli organi potrebbe essere visto come fonte di un'anomalia organizzativa almeno nei casi in cui a essere titolare della funzione d'indirizzo strategico fosse il consiglio di gestione. Sarà infatti quest'organo a trovarsi ad approvare alcune disposizioni organizzative interne del consiglio di sorveglianza, le quali al contrario sembra appunto anomalo, se non addirittura non compatibile con le specificità degli organi di ogni società rette dal sistema dualistico e con il regime legale inderogabile di ripartizione delle competenze tra questi organi, attribuire al consiglio di gestione (a meno di non sostenere che la circostanza che il regolamento unitario venga "approvato" dal consiglio di gestione non significhi che le disposizioni organizzative interne del consiglio di sorveglianza in esso contenute, e di spettanza secondo le rispettive competenze dello stesso consiglio di sorveglianza o dello statuto, vengano travasate nella competenza di formulazione del consiglio di gestione; il quale allora, nel rispetto di queste competenze, per quanto riguarda il consiglio di sorveglianza, si limiterebbe a riprodurre nel regolamento sui flussi informativi regole elaborate dallo statuto e dal medesimo consiglio di sorveglianza); *b*) il consiglio di sorveglianza di banca a sistema dualistico nella quale la funzione d'indirizzo strategico resti in capo al consiglio di gestione sembra competente, in presenza o meno di un riconoscimento statutario di questa facoltà, ad adottare, *ove lo ritenga opportuno o necessario*, un regolamento generale della propria organizzazione; *c*) nelle banche con consiglio di sorveglianza titolare o meno della funzione d'indirizzo strategico, l'eventuale regolamento generale dell'organo deve tenere conto delle riserve di competenza per materie di rilievo organizzativo interno già operate dalle Disposizioni di Vigilanza, in via quindi verosimilmente inderogabile, a favore dello statuto o di altri regolamenti (da adottarsi dal medesimo consiglio di sorveglianza o dal consiglio di gestione).

- 48)** A questi principi si richiamano le Disposizioni di Vigilanza.
- 49)** Alla luce di questi scenari interpretativi e di quelli più sopra ricostruiti, si dovrebbero forse riconsiderare, per le parti corrispondenti, ad esempio, gli artt. 25.4 dello Statuto INTESA SAN PAOLO e 48 dello Statuto UBI.
- 50)** In coerenza con quanto raccomandato dal § 7.2. RACCOMANDAZIONE CE del 15 febbraio 2005, *cit.*; e dal *Commento* all'art. 12 del *Codice di Autodisciplina* italiano.
- 51)** In una visione ancora più a monte e generale, l'idea è che l'attribuzione al consiglio di sorveglianza della funzione d'indirizzo strategico "orienti" l'interpretazione di alcune disposizioni e principi che formano l'intelaiatura del sistema dualistico: cfr. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, *cit.*, p. 99 ss.
- 52)** Sulle preferibili configurazioni di questa intestazione, cfr. SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società*, *cit.*, p. 717 ss.; PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme*, in *RDS*, 2007/1, p. 7 ss.; CARIELLO, *op. ult. cit.*, p. 77 ss.; ID., *Consiglio di sorveglianza*, *cit.*, p. 285 ss. Nel proficuo dibattito sulla natura della competenza deliberativa del consiglio di sorveglianza *ex art. 2409 terdecies*, comma 1, lett. *f*-bis, c.c. rimane forse in ombra, ai fini di una valutazione della questione che tenga conto dell'*effettivo complessivo* potere d'indirizzo e d'influenza sull'impresa godibile dal consiglio di sorveglianza anche senza prefigurarne un autonomo potere di modifica e integrazione piani e opera-

zioni in sede di esercizio della competenza deliberativa di cui alla stessa famigerata lett. *f*-bis, che tale organo, già solo assommando le competenze originarie inderogabili che esprimono un potere d'influenza sull'impresa (nomina, revoca e sostituzione dei gestori; approvazione dei conti annuali) e la funzione d'indirizzo strategico per come qui complessivamente ricostruita (v. nel testo; nonché nota successiva) arriva a godere di un enorme e rilevante potere d'influenza sull'esercizio dell'impresa che per essere e rimanere tale non abbisogna dell'ulteriore aggiunta del potere d'istruzione vincolante su piani e operazioni. Viceversa, il rischio di questa ulteriore attribuzione è di squilibrare - senza che ve ne sia davvero bisogno per ottenere un sistema funzionale ed efficiente rispetto agli scopi - l'assetto di ripartizione del potere d'indirizzo (non solo strategico) dell'impresa a favore del consiglio di sorveglianza. D'altronde, si continua a essere dell'idea che questo ulteriore potere non suonerebbe del tutto armonizzabile con la scelta normativa della salvezza della responsabilità del consiglio di gestione per gli atti compiuti, quale sia la traduzione di questa responsabilità. Ulteriori considerazioni (sotto il profilo terminologico) in Cariello, *Il sistema dualistico*, cit., p. 78 s., nt. 171; e 80 ss. e *infra*, nota 57.

- 53) Cfr. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, loc. ult. cit.
- 54) Riferendola pur sempre a una degenerazione del sistema dualistico, impiega l'espressione "triale" per una diversa configurazione assunta dal sistema quale apprestato dalle banche LOPREIATO, *Le autorità di vigilanza di fronte alla "governance" dualistica delle banche*, in AGE 2007, p. 504.
- 55) V. dopo, § 4.
- 56) Frequenti, in Germania e Francia, ad esempio, affermazioni ancora più esplicite e nette, secondo le quali: a) il coinvolgimento nella gestione- realizzato con l'esercizio di funzione "consultiva" da parte del consiglio di sorveglianza- non fonda una vera e propria competenza (*Beratungskompetenz*), ma è "parte" del controllo; b) l'autorizzazione prevista dal § 111 Abs. 4 S. 2 AktG costituisce un "effetto" o implicazione del dovere o funzioni di sorveglianza (la funzione di vigilanza sulla gestione implica il dovere di consigliare il consiglio di gestione su superiori questioni imprenditoriali: BGH 25 marzo 1991, in AG 1991, p. 312 ss.); c) l'autorizzazione del consiglio di sorveglianza è, anzitutto, uno "strumento" del dovere preventivo di vigilanza (BGH 25 marzo 1991, BGHZ 114, p. 130; BGH 21 aprile 1997, *ivi*, 135, p. 255; LUTTER u. KRIEGER, *op. cit.*, Rn. 56 s., p. 20 s.; ALBACH, *Führung durch Vorstand und Aufsichtsrat*, in HOMMELHOFF/HOPT/V.WEDER (Hrsg.), *op. cit.*, p. 365; BERRAR, *Die Zustimmungspflichtigen Geschäfte nach § 111 Abs. 4 Aktg in Licht der Corporate Governance – Diskussion*, in DB, 2001, p. 2182 ss.), inteso a rendere questo efficace: LUTTER *Defizite*, cit., p. 290; ID., *Zur Wirkung von Zustimmungsvorbehalte nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auf nahestehende Gesellschaften*, in *Festschrift für Fischer*, Berlin, 1979, p. 422; ID., *Die Kleine Aktiengesellschaft - ein Angebot an die Praxis*, in *Festschrift für Vieregge zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1995, p. 613; SEMLER, *Zustimmungsvorbehalte als Instrument der Überwachung durch den Aufsichtsrat*, in *Festschrift für Doralt*, Wien, 2004, p. 609 ss.; LIEDER, *Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats nach neuer Rechtslage*, in DB 2004, p. 2251 ss.; v. pure sulla strumentalità „autorizzazione“-funzione di vigilanza (*Zustimmung als Überwachungsinstrument*), per tutti, HABERSCACK, *Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsorgans der Gesellschaft*, in ZSR, 2005, p. 544 s.; HÜFFER, *op. cit.*, § 111, Rz. 5, p. 570 s.; ID., *Der Aufsichtsrat in der Publikumsgesellschaft*, in ZGR 1980, p. 343 s.; PENTZ, in FLEISCHER (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrechts*, cit., § 16, Rn. 113, p. 570; GÖTZ, *Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft*, in ZGR 1990, p. 632; per diritto francese, CAUSSAIN, *Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme*, Paris, 2002, p. 181; cfr. pure CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 94 ss.
- 57) Peraltro, le stesse variegata modalità di esplicazione della funzione d'indirizzo strategico rendono senz'altro quest'ultima, all'evidenza, ben più penetrante e intensa (sotto il profilo qualitativo e quantitativo) non solo del mero potere censorio del collegio sindacale del sistema tradizionale, ma anche della composita funzione di controllo quale vantata dal consiglio di sorveglianza non intestatario della funzione d'indirizzo strategico ai sensi dell'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. *f*-bis), c.c. D'altronde, è difficilmente trascurabile la considerazione che, sotto questo profilo, nessun accostamento può essere avanzato tra il "potere preventivo d'indirizzo" del consiglio di sorveglianza e il "potere successivo di controllo" del collegio sindacale. E nessuna preoccupazione può essere avanzata, sotto il profilo dell'assenza di novità rispetto al collegio sindacale, per un consiglio di sorveglianza cui, oltre le competenze inderogabili originarie che già esprimono un rilevante e uni-

co (rispetto agli omologhi organi degli altri sistema di amministrazione e controllo) potere d'influenza sull'esercizio dell'impresa (nomina, revoca e sostituzione dei gestori; approvazione del bilancio d'esercizio: coglie lucidamente il punto P. FERRO – LUZZI, *op. cit.*, p. 246 s., di cui va raccolto l'invito metodologico a ricostruire il sistema dualistico guardando alle regole di azione concernenti l'esercizio dell'impresa), venga assegnato un complessivo "potere" d'indirizzo strategico dell'impresa, esplicabile in una fase "a monte" (definizione delle linee generali programmatiche e strategiche; indicazioni funzionali alla predisposizione da parte del consiglio di gestione delle operazioni strategiche da sottoporre alla delibera del consiglio di sorveglianza) e in una "a valle" (approvazione dei piani, autorizzazione delle operazioni). Non è da escludersi infatti che il consiglio di sorveglianza, quale organo titolare della funzione d'indirizzo strategico sull'impresa, possa venire a vantare, per scelta statutaria, la competenza a individuare gli indirizzi *generali* programmatici e strategici, nonché a fornire al consiglio di gestione le proprie indicazioni in merito alla predisposizione delle operazioni strategiche da sottoporre alla sua successiva delibera. L'esercizio di questa competenza si colloca naturalmente in una fase "a monte", prodromica e più squisitamente "programmatica" rispetto alla fase, più propriamente "realizzativa", dell'esame e della delibera in ordine ai piani e alle operazioni. Come poco sopra osservato, così complessivamente organizzata, la funzione d'indirizzo strategico del consiglio di sorveglianza non sembra necessitare, al fine anche di conferire ad essa razionalità e significato, dell'ulteriore investitura dell'organo della competenza a eventualmente modificare, in modo vincolante per il consiglio di gestione, le operazioni e i piani sottoposti; o, più in generale, a dettare indicazioni vincolanti di modifica condizionanti l'approvazione. In definitiva, se si tratta di potere d'indirizzo esso non può trasbordare nel potere d'ingerenza vincolante. Al contrario, se si riflette sulla circostanza che la predisposizione di piani e operazioni verrà effettuata dal consiglio di gestione *sulla base* dell'individuazione degli obiettivi strategici e delle indicazioni provenienti dal consiglio di sorveglianza; e se si considera altresì che a fronte del "potere d'indirizzo" del consiglio di sorveglianza sta il "potere di attuazione" di titolarità del consiglio di gestione, ne discende che appare consono a uno sviluppo efficiente del composito sistema delle reciproche competenze dei due organi, da una parte, costruire appunto come potere d'indirizzo e non come potere d'ingerenza vincolante sia la fase "a monte" sia quella "a valle" della funzione d'indirizzo strategico sulla e dell'impresa; dall'altra, collocare le competenze del consiglio di gestione nell'area dell'attuazione degli indirizzi generali formulati dal consiglio di sorveglianza: sicché, in definitiva, le operazioni e i piani costituiscono l'esplicazione principe di questa attuazione.

- 58) E' in questo senso che ogni separazione di esercizio dei poteri non può spingersi in una disgregazione di titolarità esercizio della duplice funzione in capo al consiglio di sorveglianza, indispensabile momento organico e organizzativo dell'esercizio generale delle due funzioni.
- 59) *Conflitti intraorganici*, quelli tra i singoli componenti, tra componenti e il presidente, tra componenti non parte di comitati e quelli che ne fanno parte, tra componenti del medesimo comitato o dei diversi comitati, tra presidente del consiglio di sorveglianza e presidenti dei comitati o suoi componenti, tra comitati; *conflitti interorganici*, quelli tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione, tra singolo componente del consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione o il suo presidente, tra comitati o rispettivi presidenti e consiglio di gestione o il suo presidente, tra presidente del consiglio di sorveglianza e presidente del consiglio di gestione: cfr. CARIELLO, *I conflitti*, cit., p. 793.
- 60) Molti di questi poteri sono presenti negli statuti delle banche: v. dopo. Non convince la scelta normativa di attribuire inderogabilmente la competenza della nomina all'assemblea, in luogo delle diverse e più persuasive opzioni di prevedere la nomina, di principio, di competenza dell'organo assembleare ma salva la possibilità dello statuto di assegnarla al consiglio di sorveglianza; ovvero di decretare l'esclusiva competenza del consiglio di sorveglianza, nella configurazione della nomina del suo presidente come decisione di organizzazione interna da riservare, nella scelta di deve presiedere, all'autonoma competenza dell'organo (come disposto in Germania, Francia e nella disciplina comunitaria della Società Europea: cfr. Art. 225-81 C co, § 107 *Abs 1 AktG*, art. 42 REGOLAMENTO CE n. 2157 del 2001). Pare poi, sempre in tema di competenza alla nomina, che non sarebbe persuasivo estendere, in via interpretativa, alla scelta del *vice presidente o dei vice presidenti* del consiglio di sorveglianza il vincolo alla nomina assembleare, in forza di un presunto ra-

gionamento che si appellasse alla corrispondenza di forma tra nomina del presidente e del vice presidente, alla stregua di una supposta necessità che sia sempre l'assemblea a dovere scegliere chi anche occasionalmente possa essere chiamato a presiedere l'organo. Legittime suonano pertanto quelle clausole statutarie (art. 14 Statuto MEDIOBANCA, art. 44 Statuto UBI) e anche del regolamento del consiglio di sorveglianza che rimettano allo stesso, in piena autonomia, di scegliere i vice presidenti.

- 61) Del genere di quelli del presidente del consiglio di amministrazione (art. 2381, comma 1°, c.c.: cfr., tra altri, ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di Olivieri, Presti e Vella, Bologna 2004, p. 205; v. Statuto INTESASANPAOLO, art. 26.1), da considerarsi applicabile in via analogica anche nel silenzio assoluto dello statuto sui poteri del presidente. Quanto ai poteri del presidente del *consiglio di gestione*, comunemente si ritiene (anche qui in via residuale: ASSOCIAZIONE PREITE, *op. cit.*, p. 202 s.) almeno applicabile per analogia l'art. 2381, comma 1°, c.c. (assente tra le norme oggetto di rinvio da parte sia dell'art. 2409 *novies*, comma 1, sia dell'art. 2409 *undeciess*, comma 1°, c.c.), nonostante i dubbi recentemente manifestati (ZAMPERETTI, *Prime significative applicazioni del sistema dualistico*, in *Società*, 2006, p. 1185 ss., favorevole a variabili previsioni statutarie dei poteri del presidente del consiglio di gestione secondo le concrete esigenze della società).
- 62) A livello di normativa, attribuito al presidente del consiglio di sorveglianza (come a quello del consiglio di gestione) dal REGOLAMENTO CE n. 2157 del 2001, *cit.* (salvo che lo statuto non lo escluda: arg. ex art. 50 § 2; per alcune previsioni di *casting vote* del presidente del consiglio di sorveglianza di SE dualistiche- di diritto tedesco -, cfr. § 8 *Abs 2 Satzung der BASF SE*; § 11 *Abs. 5 Satzung der Fresenius SE*; v. pure § 8.3 *Satzung der Allianz SE*; § 11 *Abs. 6 Satzung der Porsche Automobil Holding SE*); v. altresì, per diritto tedesco, §§ 29 *Abs. 2* e 31 *Abs. 4 MitbestG* (nel caso in cui il presidente sia stato eletto tra i componenti espressione della proprietà); per diritto francese, Art. L. 225-82 al. 3 *Code com.* Potrebbe anche essere previsto, in luogo del voto doppio o unitamente a esso, che la delibera del consiglio non sia adottata ove non ottenga il voto favorevole del presidente. Per converso, il potere d'influenza decisiva in caso di parità, potrebbe essere "affievolito" o mitigato introducendo il correlativo potere di uno o più consiglieri di chiedere, nel caso di parità, che la deliberazione venga rimessa ai voti ovvero il rinvio della deliberazione (salvi i casi di urgenza di adozione); queste e altre esemplificazioni statutarie possibili in PEUS, *Der Aufsichtsratsvorsitzende*, Köln. 1983, p. 321 ss.
- 63) Per una tipizzazione di queste clausole v. ancora PEUS, *op. cit.*, pp. 358 e 372 ss.; cfr. il già rammentato *Codice di Autodisciplina* danese, IV 2. Propriamente, quelle relative alla presenza necessaria del presidente del consiglio di sorveglianza alle riunioni dell'organo costituiscono regole dei processi decisionali, ma è evidente che esse finiscono per assegnare al presidente un potere d'influenza sugli stessi processi.
- 64) Doveri informativi di questo genere sono posti in capo al presidente del consiglio di sorveglianza dal *Deutscher Corporate Governance Codex*, Ziffer 5.5.2 (dove è prevista l'alternativa che il presidente del consiglio di sorveglianza informi il *plenum* o un comitato appositamente costituito a questo scopo).
- 65) Tale potere del presidente non esclude che anche i presidenti dei comitati eventualmente ricavati nel consiglio di sorveglianza possano comunicare direttamente con gli azionisti, secondo le modalità determinate nel regolamento generale dell'organo e/o nei singoli regolamenti dei comitati (cfr. § 1.6.3 Allegato I RACCOMANDAZIONE CE 15 febbraio 2005, *cit.*).
- 66) Cfr. a vario titolo, art. 12 comma 1°, Statuto MANAGEMENT & CAPITALI S.P.A.; artt. 10.1 e 26.1 Statuto INTESA SANPAOLO; art. 15 Statuto MEDIOBANCA; art. 42 Statuto BANCO POPOLARE; art. 47 Statuto UBI; e v. altresì, per la previsione di un "parere" preventivo del presidente del consiglio di sorveglianza in ordine alla convocazione dell'assemblea da parte del consiglio di gestione, art. 12.1 Statuto A2A. Particolare enfasi sul ruolo del presidente del consiglio di sorveglianza è posta in alcuni Codici di Autodisciplina: v. *Deutscher Corporate Governance Codex*, Ziffer 5.2.
- 67) Cataloghi dei poteri dei presidenti dei consigli di sorveglianza accomunati, in questa inclinazione espansiva, ai cataloghi formulati per le operazioni da assoggettare all'autorizzazione dello stesso organo divenuto per statuto depositario della funzione di alta amministrazione strategica.

- 68) Si vedrà se anche questo assunto di "naturalità di riconoscimento" non sia forse da rivedere nella sua assolutezza.
- 69) SCHAUB, *Die innere Organisation des Aufsichtsrats*, in *ZGR*, 1977, p. 293.
- 70) V. in sintesi § 5.
- 71) Relativamente al presidente del consiglio di sorveglianza con funzione d'indirizzo strategico, le ulteriori soluzioni potrebbero essere: (i) evitare che al presidente possa essere rimosciuto in esclusiva il potere di proporre le delibere relative all'autorizzazione di operazione, approvazione di piani, definizione dei criteri identificativi delle operazioni e degli indirizzi generali programmatici e strategici e delle situazioni di rischio; ovvero (ii) consentire che possa vantare questo potere in esclusiva, ma al contempo corredandolo di un adeguato dovere di informativa al collegio e garantendo che in questa attività di proposta il presidente sia coadiuvato da un apposito comitato strategico (come avviene in altre esperienze). Invero, il *comitato strategico* può assumere tendenzialmente una doppia connotazione, monotematica o di "organismo generale", di comitato che (a) coadiuva, proponendo e fornendo avvisi (e nelle legislazioni che lo consentono, adottando singole decisioni), il consiglio di sorveglianza nell'esercizio della funzione e delle competenze d'indirizzo strategico; (b) più ampiamente, assicura il "coordinamento" del consiglio di sorveglianza con il consiglio di gestione, il coordinamento del lavoro dei comitati e del consiglio, fornisce assistenza al presidente; e per un esempio di concreta configurazione nella prassi italiana v. il comitato strategico di INTESA SAN PAOLO, su cui cfr. F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 334 s.
- 72) V. oltre.
- 73) In particolare, la prescrizione ricavabile per il presidente del consiglio di sorveglianza a partecipare alle riunioni del consiglio di gestione pare eccezionale nel senso di valevole per le sole società dualistiche bancarie: non sembrando riuscire convincente che l'estensione del divieto partecipativo ai presidenti di consigli di sorveglianza di società non bancarie possa accontentarsi di una semplice supposta riduzione o restrizione teleologica degli artt. 2409 *terdecies*, comam 4, c.c. e 149, comma 4 *bis*, t.u.f.; ma apparendo richiedere l'affermazione di simile divieto di un eventuale ulteriore intervento di modifica delle citate disposizioni.
- 74) Quanto alle banche, qui preme solo osservare che nel caso in cui il consiglio di sorveglianza sia intestatario della sola funzione di controllo, non dovrebbe essere contestabile che (i) il presidente dell'organo possa essere componente del comitato per il controllo interno; e quindi (ii) egli sia legittimato partecipare alle riunioni del consiglio di gestione.
- 75) Coglie perciò nel segno il rilievo critico formulato, in sede di consultazione, da BORSA ITALIANA, *Osservazioni al documento di consultazione "Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche" realizzato dalla Banca d'Italia*, 3 dicembre 2007, p. 6, testo e nota 4. La *Ziffer* 5.2 del *Deutscher Corporate Governance Codex* stabilisce in effetti che il presidente del consiglio di sorveglianza non dovrebbe presiedere contestualmente il comitato per il controllo interno; ma nella dottrina si segnala la portata non assoluta della regola – cosante divieto di presidenza-, non comprendendola laddove non sia dubbia l'integrità e la professionalità del presidente: SCHEFFLER, *op. cit.*, p. 261; KREMER, in RINGLEB/KREMER/LUTTER/v.WERDER, *op. cit.*, Rn 969, p. 250. Nella dottrina e nella prassi la regola è poi costantemente tradotta nel senso che la previsione tendenzialmente preclusiva (ovviamente, a livello di disposizione di codice di autodisciplina; e sull'inidoneità del mancato rispetto di relative previsioni del *Deutscher Corporate Governance Kodex* a causare l'invalidità di decisioni societarie difformi da tali previsioni v. ora *LG München*, 22 novembre 2007, in *BB* 2008, 10 s.) di assunzione della presidenza del comitato non implichi un'analogia tendenziale preclusione di *partecipazione al comitato* (ad esempio, ancora KREMER, in RINGLEB/KREMER/LUTTER/v.WERDER, *op. cit.*, Rn 968, 249); anche se, a differenza di altri comitati, il presidente del consiglio di sorveglianza non è qualificato come componente di diritto del comitato per il controllo interno (v., ad esempio, §§ 10 *Abs.* 1, 11 *Abs.* 3, 12 *Abs.* 1 del *Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Commerzbank*). Per una soluzione (statutaria) favorevole alla nomina del presidente del consiglio di sorveglianza a presidente del comitato per il controllo interno v. però art. 23.1 lett. i Statuto A2A. Diverso ancora il tema della opportunità dell'assunzione da parte del presidente del consiglio di sorveglianza della presidenza di altri comitati; in argomento, stigmatizza la scelta delle banche dualistiche di non riservare alle minoranze alcuna presidenza dei comitati BENAZZO, *Autonomia statutaria e assetto delle responsabilità: un*

*primo bilancio*, in *AGE 2007*, p. 435; e per l'auspicio di questa riserva v. già M. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 268.

- 76) Va osservato che i compiti e i poteri di raccordo intraorganico con tutti i comitati assumibili dal presidente del consiglio di sorveglianza sono consoni a far svolgere al presidente un ruolo di filtro e coordinamento dei flussi informativi dai comitati verso il *plenum* che è apprezzabile come essenziale pure, e forse addirittura in particolar modo, nel caso di consiglio di sorveglianza con funzione d'indirizzo strategico; che il ruolo d'interlocutore non sottintende un esautoramento del *plenum* a beneficio del presidente e una compromissione del ruolo d'imparzialità del medesimo nello svolgimento dei suoi poteri e delle sue prerogative ma semmai punta, come possibile misura alternativa a ulteriori misure altrettanto considerabili [misura di raccordo alternativa – ma che invero è suscettibile di aggiungersi a quella ipotizzata nel testo - potrebbe essere prevedere un ruolo di congiunzione tra singolo comitato e *plenum* affidato al potere-dovere di relazione periodica del presidente del comitato all'organo (cfr. ad esempio *Deutscher Corporate Governance Codex*, Ziffer 5.3.1)], proprio a un efficiente raccordo tra ogni comitato e il *plenum* soprattutto a livello appunto di veicolazione delle informazioni provenienti dai comitati e da questi o prodotte in proprio nell'esercizio di loro poteri e compiti o acquisite in ragione di autonomi, costanti o periodici, flussi informativi instaurati direttamente, in ossequio a previsioni anche statutarie, con il consiglio di gestione (valorizza la necessità di un raccordo "autonomo" tra comitati e consiglio di gestione R. LENER, *op. cit.*, 376) al di là delle informazioni direttamente acquisite in virtù della partecipazione, di tutti o di alcuni suoi componenti, a riunioni dell'organo amministrativo.
- 77) Nessun divieto espresso di partecipazione alle riunioni dei consigli di gestione, come nemmeno nessuna esplicita preclusione a essere componenti del compito per il controllo interno, si rintraccia per i vice presidenti dei consigli di sorveglianza di società bancarie. L'omissione va attentamente interpretata (e in questa sede non si giunge ad alcuna conclusione, meritando il tema una più approfondita valutazione) onde ricostruirne (alla luce del complessivo assetto disciplinare del sistema dualistico bancario risultante dalle Disposizioni di Vigilanza) il suo significato precettivo in chiave di lacuna da colmare con l'analogo divieto funzionante per i presidenti del consiglio di sorveglianza ovvero di norma implicita permissiva. Per inciso, si deve osservare che nelle medesime Disposizioni di Vigilanza neppure esiste ad altri fini un'equiparazione tra presidente e vice presidente del consiglio di sorveglianza. La questione andrà impostata valutando inoltre la "funzione" puramente vicaria sostitutiva del vice presidente.
- 78) CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 90, nt. 190; in adesione, SCASSELLATI-SFORZOLINI e M. SPADA, *La partecipazione dei consiglieri di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione*, in *AGE 2007*, p. 360; COSTI e VELLA, *Sistema dualistico e vigilanza bancaria: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *AGE 2007*, p. 485.
- 79) Questa chiarezza si riscontra altrove: per diritto tedesco, v., per tutti, l'incisiva sintesi di SEMLER, in *Münchener Kommentar*, cit., § 107, Rn 93, 801; v. pure PEUS, *op. cit.*, passim.
- 80) Sull'assenza di questo *Weisungsrecht* del presidente nei confronti degli altri componenti del consiglio di sorveglianza (esclusi ovviamente i casi di poteri ordinatori o d'interdizione funzionali a un corretto svolgimento delle riunioni dell'organo) cfr. ora DRYGALA, in K. SCHMIDT u. M. LUTTER (Hrsg.), *Aktiengesetz. Kommentar*, I Bad., Köln, 2008, Rn 18, p. 1169.
- 81) Cfr., per diritto tedesco, § 90 AktG (su cui ora l'ampia disamina di LEYENS, *op. cit.*, in particolare p. 143 ss.).
- 82) V., in particolare, LUTTER u. GROSSMANN, *Zur Teilnahme des Aufsichtsrats an Sitzungen des Vorstands einer Aktiengesellschaft*, in *AG*, 1976, p. 204 s. (i quali - peraltro in una fase storica che ancora non conosceva gli sviluppi legislativi del 1998 e del 2002 e le prese di posizione del *Deutscher Corporate Governance Kodex* -, dopo aver negato l'esistenza di un vero e proprio potere-diritto partecipativo dei consiglieri di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione e ammettendo però una partecipazione disposta su invito del *Vorstand*, escludevano la legittimità di clausole statutarie o di previsioni regolamenti che "ordinassero" in senso proprio questa partecipazione); più di recente, KORT, in *AktG Großkommentar*, 4. Auf., §§ 76-83, Berlin, 2003, § 77, Rn 89, p. 213; ID., *Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands*, in FLEISCHER (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrechts*, München, 2006, Rn 62, p. 93; HEFERMEHL u. SPINDLER, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 3, 2. Auf., München, 2004, § 77, Rdn 39, p.

119. E' questa l'impostazione adottata nell'esperienza tedesca con riferimento anche (se non anzitutto) alla *partecipazione dei consiglieri di gestione alle riunioni del consiglio di sorveglianza*. Il § 109 Abs. 1, AktG non precisa quale sia la situazione giuridica soggettiva attiva che consente questa partecipazione. Tuttavia, come appena ricordato, si nega, per via interpretativa, l'esistenza di un vero e proprio diritto di partecipazione del singolo consigliere di gestione da lui liberamente e sempre attivabile (giacchè ad esempio se anche lo statuto dovesse disporre un diritto-potere di partecipazione a suo favore il consiglio di sorveglianza resterebbe legittimato a proibirla in singoli casi) alle sedute del consiglio di sorveglianza: tra altri, SEMLER, in *Münchener Kommentar*, cit., § 109, Rn 34 ss., p. 925 ss.; HÜFFER, *op. cit.*, § 109 Rn. 3, p. 562; HOPT u. ROTH, in *Aktiengesetz Großkommentar*, cit., § 109, Rn 27 ss., p. 785 ss.; DRYGALA, *op. cit.*, Rn 5, p. 1190; U. H. SCHNEIDER, *Gemeinsame Sitzungen und gemeinsame Beschlussfassung von Aufsichtsräten im Konzern?*, in *Festschrift für Konzen*, Tübingen, 2006, p. 883; e per la permanente riserva di valutazione cfr. anche *Deutscher Corporate Governance Codex*, Ziffer 3.6 (v. WERDER, in RINGLEB/KREMER/LUTTER/v.WERDER, *op. cit.*, Rn 408 ss., p. 126 s.); ispirato a una selezione delle riunioni del consiglio di sorveglianza alle quali potrebbero partecipare i consiglieri di gestione è il *Codice di Autodisciplina* polacco, punto 25 (le riunioni del consiglio di sorveglianza dovrebbero essere accessibili e aperte ai componenti del consiglio di gestione, salvo che per le questioni che direttamente concernono il consiglio di gestione e i suoi componenti, specialmente per ciò che riguarda responsabilità, revoca e remunerazione). Volgendosi al *diritto italiano*, si ritiene similmente che, pur in assenza di espressa disposizione di legge, il presidente del consiglio di sorveglianza o il consiglio stesso siano libero di prevedere, con regolamento o apposita decisione, la partecipazione, anche "di regola", di componenti del consiglio di gestione a proprie riunioni, rimanendo fermo il dovere-potere dello stesso consiglio di sorveglianza e del suo presidente di valutare in sede di convocazione, sulla base dell'interesse all'efficiente e indipendente esercizio delle funzioni, se riunirsi senza la presenza dei componenti del consiglio di gestione e quindi d'invitarli o meno. E si è altresì convinti che una simile partecipazione, con salvezza dell'autonomia dispositiva del consiglio di sorveglianza, sia contemplabile anche in statuto [e v. art. 18 Statuto MEDIOBANCA (partecipazione di presidente, consigliere delegato e direttore generale, salva diversa determinazione del consiglio di sorveglianza)]; e sorgendo poi a seguito dell'invito del presidente l'obbligo del componente del consiglio di gestione di partecipare alla riunione del consiglio di sorveglianza; v. anche nel testo. Anche la partecipazione di esterni ai comitati del consiglio di sorveglianza - disciplinabile nello statuto, nel regolamento oppure (*una tantum*) con singoli atti dispositivi del consiglio di sorveglianza (con conformità di questi ultimi alla regola statutaria eventualmente disposta) - è ispirabile al principio - cfr. punto 1.5 della *Raccomandazione* CE del 15 febbraio 2005, *cit.*; e *Criterio applicativo* 5.C.1 lett. f) del *Codice di Autodisciplina* italiano- per cui «al fine di garantire l'autonomia e l'obiettività dei comitati, gli amministratori che non sono membri dei comitati dovrebbero di norma partecipare alle riunioni solo su invito del comitato...».

- 83)** E ciò non pare sia apprezzabile come riflesso della composizione c.d. cogestita (proprietà-lavoratori) dell'*Aufsichtsrat*.
- 84)** LUTTER u. GROSSMANN, *op. cit.*, 205. Il combinato-disposto degli artt. 2409 *terdecies*, comma 4°, c.c. e 149, comma 4° *bis*, t.u.f. sembra stabilire una regola di legittimazione dei singoli componenti del consiglio di sorveglianza, azionabile su loro iniziativa insindacabile e al riparo da censure od opposizioni del consiglio di gestione e/o del suo presidente. Tuttavia, così come interpretabile e interpretata, la scelta legislativa non è esente da critiche e potrebbe non apparire del tutto immotivato suggerirne, in una prospettiva *de iure condendo*, una revisione in senso restrittivo, che comunque non si spinga, all'eccesso opposto, a decretare un divieto assoluto per alcuni componenti del consiglio di sorveglianza di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione. E in effetti, professare per via legislativa l'esistenza di un vero e proprio potere-diritto di partecipazione (*Teilnahmrecht*) di tutti i consiglieri di sorveglianza, esercitabile al riparo e a prescindere da un invito del presidente del consiglio di gestione o di quest'ultimo e a ogni modo senza che l'organo "partecipato" sia legittimato a opporsi alla richiesta di partecipazione, frustra l'opposta esigenza che vuole spettante al consiglio di gestione, quale oggetto di un suo potere-dovere e di una connessa responsabilità, valutare in autonomia se la partecipazione di componenti del consiglio di sorveglianza a una concreta riunione del consiglio di gestione sia o meno conciliabile con un indi-

pendente esercizio delle proprie funzioni e competenze. In questo senso, sarebbe allora forse auspicabile modificare l'attuale assetto normativo avendo in mente – sulla scorta degli spunti offerti dall'elaborazione interpretativa tedesca e con il corredo di un rinnovato e potenziato sistema di flussi informativi interorganici (suscettibile, in qualche modo, di "depotenziare" e ridimensionare il significato della partecipazione quale imprescindibile strumento di acquisizione di informazioni)– l'esistenza di un potere-diritto-dovere del presidente del consiglio di gestione o del *plenum* di non dare corso ad automatiche partecipazioni e di non disporre ovvero acconsentire, in singoli casi, la concreta partecipazione ove prospettabile come attentante al principio di separatezza delle funzioni e alla salvaguardia dell'autonomia di esercizio delle competenze e delle funzioni del consiglio di sorveglianza. E' evidente che tutto ciò andrebbe appunto di pari passo con una revisione dell'impostazione accolta negli artt. 2409 *terdecies*, comma 4°, c.c e 149, comma 4° *bis*, t.u.f. La qui suggerita revisione legislativa si realizzerebbe "derubricando" l'attuale regola di legittimazione, fondante un potere-diritto di partecipazione dei singoli componenti del consiglio di sorveglianza, in potere ad attivazione non discrezionale degli intestatari ma su invito pur sempre del presidente del consiglio di gestione o di quest'organo; o comunque in potere a esercizio subordinato a intenzione non difforme e contraria del medesimo presidente del consiglio di gestione o dello stesso *plenum*.

- 85) Il *discrimen* tra consiglio di sorveglianza con sola funzione di controllo e consiglio di sorveglianza con in più la funzione d'indirizzo strategico suona, al riguardo, non del tutto appagante. Difatti, se la preoccupazione è quella di evitare commistione di funzioni tra diversi organi e condizionamenti impropri sull'esercizio della competenza amministrativa e sull'autonomia dei gestori, non pare si debba sopravvalutare - e, difatti, così si ragionava e si ragiona in Germania, prima e dopo l'obbligatorio previsione della competenza autorizzatoria dell'*Aufsichtsrat* – la distinzione tra consiglio di sorveglianza con o senza indirizzo strategico, atteso che, in ragione comunque delle competenze di c.d. alta amministrazione "originaria" intangibili dell'organo costituite dalla nomina e revoca dei consiglieri di gestione, il consiglio di sorveglianza è in grado di esercitare un "condizionamento" del consiglio di gestione che può portare a orientarne indebitamente l'azione. E questo condizionamento non è certo meno deleterio se impatta sulla gestione corrente piuttosto che su quella strategica. E il medesimo condizionamento può presentarsi anche se il consiglio di sorveglianza non sia chiamato ad autorizzare le operazioni strategiche e/o ad approvare i piani industriali e finanziari e gli orientamenti generali programmatici e strategici: semmai, la titolarità di questa funzione accresce gli "strumenti" utilizzabili come indebite forme di pressione. Di base, la necessità d'indipendenza da condizionamenti indebiti della funzione gestoria è unica, uniforme e unitaria rispetto alle funzioni di controllo e di alta amministrazione strategica.
- 86) Da ponderare con maggiore attenzione la possibilità di rappresentare una diversa "scala crescente d'intensità" fra *assistere* e *partecipare* - là dove chi *partecipa* può intervenire, mentre chi *assiste* non può che prendere atto di quanto emerge dalla riunione, per poi, in altra sede (*in primis*, nelle sedute dello stesso consiglio di sorveglianza), esprimere le proprie valutazioni o determinazioni -, consentendo al presidente la semplice assistenza a riunioni del consiglio di gestione; ma contrari a questa distinzione SCASELLATI -SFORZOLINI e M. SPADA, op. cit., p. 361 s. In teoria la differenza (sul piano delle conseguenze giuridiche) tra "assistere" e "partecipare" potrebbe rimandare al combinato-disposto degli artt. 2409 *terdecies*, comma 4°, c.c e art. 149, comma 4° *bis*, tuf (affermandosi che nella prima disposizione. sarebbe previsto un potere di assistenza, a fronte della seconda con-template un *dovere di partecipazione*).
- 87) Di per sé, partecipazione a riunioni del consiglio di gestione e flussi informativi tra comitati e consiglio di gestione non sono in posizione alternativa se solo calibrati ed equilibrati. Fermo stando che la partecipazione, se fosse riferita a singole riunioni del consiglio di gestione, può sopperire probabilmente solo in parte a esigui o inesistenti flussi informativi dall'organo amministrativo ai comitati: v. dopo. Sull'importanza del coordinamento, tramite anche flussi informativi, tra consiglio di sorveglianza e comitati v. anche, per diritto italiano, BENAZZO, op. cit., 435 s.
- 88) A prescindere da quanto osservato e a ciò che si sta per dire per il presidente, a ben vedere limitare la partecipazione alle riunioni del consiglio di gestione ai soli componenti del comitato per il controllo interno e, in sua mancanza, ad altri componenti con particolari caratteristiche d'indipendenza e professionalità significherebbe svuotare o comunque ridurre sensibilmente la

funzionalità del riconoscimento, da parte legale, di altri specifici poteri ai componenti singoli del consiglio di sorveglianza. E difatti, applicando con coerenza il divieto, si arriverebbe al disfunzionale esito interpretativo che il consigliere di sorveglianza, non componente del comitato per il controllo interno e non qualificabile in possesso di particolari requisiti d'indipendenza e professionalità, il quale avesse convocato, esercitando il potere di cui all'art. 151 *bis*, comma 3°, t.u.f., il consiglio di gestione, si vedrebbe però preclusa la partecipazione a esso. Con esiti ancora più paradossali, almeno nell'ottica di una buona *corporate governance*, se a quella convocazione avesse provveduto il consigliere di minoranza. Allo stesso tempo, il divieto assoluto di partecipazione imposto al presidente del consiglio di sorveglianza con funzione d'indirizzo strategico, formulato a carico di ogni presidente quali ne siano le caratteristiche qualitative, precluderebbe la partecipazione anche al presidente – non utopia – provvisto di particolari requisiti d'indipendenza e professionalità.

- 89) Con riguardo alla banche, tutte rappresentate in dottrina le tesi possibili: sempre favorevoli alla partecipazione del presidente sembrano R. LENER, *op. cit.*, p. 376, e CERA e PRESTI, *op. cit.*, p. 608; posizione critica a questa partecipazione (e quindi plaudenti all'impostazione restrittiva di Banca d'Italia) in COSTI e VELLA, *op. cit.*, p. 486 ; sembra affidarsi a una valutazione concreta dei complessivi poteri riconosciuti al presidente F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 338 (perplesso però sulla partecipazione dei presidenti che assommino troppi poteri di natura interorganica e intraorganica); resta aperta la questione sull'opportunità di una partecipazione ai consigli di gestione dei presidenti di consigli di sorveglianza con funzione d'indirizzo strategico per BENAZZO, *op. cit.*, 437.
- 90) SEMLER, *op. ult. cit.*, Rn 44, p. 927 (spendendo l'affermazione a difesa della legittimità delle clausole statutarie che legittimano, all'inverso, una partecipazione di regola dei componenti del consiglio di gestione alle riunioni del consiglio di sorveglianza; e in confutazione alla posizione restrittiva assunta nel 2002 dal *Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen*, oggi BAFIN).
- 91) La connotazione quantitativa caratterizzante il consiglio di sorveglianza risulta comunemente assunta, in modo trasversale (dai legislatori, dagli interpreti, dai codici di *best practice*), come idonea a orientare l'organo verso la scelta di organizzazione strutturale interna d'istituire comitati investiti di compiti e poteri connessi alle funzioni di pertinenza dell'organo. L'idea imperante è che un efficiente lavoro di consigli di sorveglianza di ampie dimensioni sia difficilmente pensabile senza la creazione di comitati. Laddove si scelga di non utilizzare concetti di riferimento a loro volta poi necessitanti di concretizzazione, si prova a stabilire quali composizioni quantitative del consiglio di sorveglianza suggeriscano o addirittura impongano la creazione di comitati.
- 92) Così § 6.1 RACCOMANDAZIONE CE del 15 febbraio, *cit.*
- 93) Nel disporre e disegnare le caratteristiche strutturali di un'organizzazione interna "per comitati" [di principio, numero e tipi dei comitati (che possono essere elencati tenendo conto delle competenze e le funzioni dell'organo: e quindi, oltre che riguardare la trattazione della nomina e revoca del consiglio di sorveglianza e il controllo interno, potrebbero coinvolgere il *bilancio*, la c.d. *alta amministrazione strategica*, la *gestione del rischio*, il *governo societario* e anche assolvere al presidio di aspetti avvertiti di cruciale importanza per un efficace esercizio delle funzioni, quali ad esempio, la *gestione dei conflitti d'interesse* dei consiglieri di sorveglianza e il c.d. *coordinamento strategico*: e v., per le banche, COMITATO DI BASILEA PER LA VIGILANZA BANCARIA, *Rafforzamento del governo societario nelle organizzazioni bancarie*, cit., § 24), loro composizione e "cariche" interne, compiti attribuzioni e poteri dei singoli comitati, frequenze delle riunioni], è ovvio che il consiglio di sorveglianza debba tener conto, tra l'altro, delle specifiche caratteristiche dell'impresa, del numero e delle qualità professionali e d'indipendenza dei suoi componenti.
- 94) Con attenzione a questo specifico profilo, § 1.2. All. I al REGOLAMENTO CE del 15 febbraio 2005, *cit.*
- 95) E a quest'ultimo riguardo, basta considerare la possibilità che la mancata consultazione del comitato venga intesa, da una corrispondente regola organizzativa interna dell'organo replicata da una a sua volta corrispondente regola del comitato, come viziante la legittimità della delibera connessa (un esempio, in questo senso, l'art. 2.2. del *Regolamento del comitato nomine e remunerazioni del consiglio di sorveglianza* di UBI).

- 96) Un esempio di relativa regola operativa nella *Charte de gouvernement d'entreprise de La Compagnie des Alpes* (nel caso di c.d. avviso negativo del comitato, viene richiesta una maggioranza qualificata del consiglio per adottare la decisione).
- 97) Per l'individuazione della questione, v. già i cenni svolti in precedenza.
- 98) Ai sensi di legge, "delega" possibile nei consigli di sorveglianza delle società quotate non bancarie (combinato-disposto art. 151 *bis*, comma 4°, t.u.f. e disposizioni di vigilanza); per statuto, "delega" consentita anche ai consigli di sorveglianza delle società non quotate non bancarie.
- 99) Che in tale sede non si affronta.
- 100) M. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 273; R. LENER, *op. cit.*, p. 377. Altra eccezione è rappresentata dalle Disposizioni di Vigilanza. Impostazione analoga era adottata dai primi testi messi a punto dalla commissione di riforma del 2003: cfr. art. 14, comma 2 testo 26 febbraio 2002; art. 13, comma 2, testi 14 maggio e 3 luglio 2002.
- 101) E v. ora, per una gradazione di responsabilità, anche M. STELLA RICHTER, *loc. ult. cit* [sebbene per questo Autore l'accrescimento della responsabilità dei componenti del comitato determini una riduzione di quella dei non componenti: ma v. esattamente le Disposizioni di Vigilanza, dove è affermato espressamente che «l'istituzione di comitati non deve comportare una limitazione dei poteri decisionali e della responsabilità degli organi aziendali al cui interno essi siano costituiti»; e cfr. gli originari testi codicistici provvisori della disciplina del dualistico messi a punto in sede di riforma del diritto societario (art. 14 del testo del 26 febbraio 2002 e art. 13 dei testi del 14 maggio e 3 luglio 2002). D'altronde, se nel caso di vera e propria "delega" di poteri decisori al comitato l'organo "delegante" resta interamente responsabile delle decisioni assunte nelle materie di sua competenza (v. Considerando n. 10 e § 6.1. RACCOMANDAZIONE CE 15 febbraio 2005, *cit.*; nonché l'unanime dottrina tedesca), qui sì a maggior ragione la responsabilità dell'organo (*rectius*, di tutti i suoi componenti) non è diminuita se ricorre una semplice delega di poteri istruttori e/o se il comitato ha solo compiti consultivi e propositivi]; R. LENER, *loc. ult. cit.* Conseguenze interne – nei rapporti tra consiglio di sorveglianza e componenti dei comitati – potrebbe avere un non diligente adempimento di compiti e poteri da parte dei membri dei comitati. Qui però la questione s'incrocia con quella della revoca e sostituzione dei componenti dei comitati, in particolare di quello di controllo, atto per cui in effetti è opportuno imporre un'adeguata motivazione (e v., per le banche, Disposizioni di Vigilanza, *cit.*, p. 11, testo e nota 18).
- 102) In dottrina, per la non limitazione dei poteri decisionali del consiglio di sorveglianza (sembra) M. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 261 s.; v. anche P. FERRO – LUZZI, *op. cit.*, p. 247.
- 103) V., esplicitamente e implicitamente, § 107 *Abs.* 3 S. 2 (nonché, a livello di autodisciplina, *Deutscher Corporate Governance Codex*, Ziffer 5.3.4); e per cataloghi di decisioni "indelegabili" e sui limiti tollerabili al *Kollegialprinzip* del consiglio di sorveglianza, v., tra altri, LUTTER *u.* KRIEGER, *op. cit.*, Rn. 623 ss., p. 245 s.; FEDDERSEN, *Neue gesetzliche Anforderungen an den Aufsichtsrat*, in *AG*, 2000, p. 390; LEYENS, *op. cit.*, pp. 237 ss. e 264 ss.; DRYGALA, *op. cit.*, Rn 32 ss., p. 1172 ss.; per la "delegabilità" anche di decisioni autorizzative relative a determinate operazioni ai sensi del § 111 *Abs* 4 *AktG* cfr. anche *OLG Hamburg*, 29 settembre 1995, in *AG*, 1996, p. 115 s. Opposta alla soluzione normativa tedesca quella prescelta la legislatore francese: cfr. art. 115 al. 2 *Décret* 23 mars 1967.
- 104) Di nuovo, Considerando n. 10 e § 6.1. RACCOMANDAZIONE CE 15 febbraio 2005, *cit.*
- 105) Ciò non significa che non si auspichi, anche per diritto italiano, - proprio in un'ottica di efficace espletamento delle funzioni del consiglio di sorveglianza - un'espressa presa di posizione favorevole fin'anche alla vera e propria "delega" ai comitati di singoli poteri decisori del consiglio di sorveglianza, pure relativi all'autorizzazione di specifiche operazioni di natura strategica ove lo statuto assegni in via generale al consiglio di sorveglianza di deliberare in ordine all'autorizzazione di operazioni di tal fatta. Complessivamente, in questa prospettiva di suggerita riconsiderazione della materia, si ritiene che la questione delle deleghe del consiglio di sorveglianza ai comitati potrebbe essere normativamente affrontata ispirandosi alle seguenti soluzioni: (i) sono attribuibili o "delegabili" i singoli poteri istruttori, ferma l'esclusiva titolarità del consiglio di sorveglianza per l'esercizio generale delle funzioni e competenze e salva la sua responsabilità per le decisioni vertenti su materie rientranti nelle sue competenze e nelle sue funzioni; (ii) non è attribuibile o "delegabile" l'esercizio generale delle funzioni (di controllo e d'indirizzo strategico) e delle competen-

ze del consiglio di sorveglianza (ad esempio, la nomina, la revoca e la sostituzione dei componenti del consiglio di gestione); (iii) sono invece attribuibili o "delegabili" singoli poteri decisori (anche attinenti all'autorizzazione, ove prescritta, d'importanti decisioni strategiche della società), imputabili comunque al consiglio di sorveglianza e ferma perciò anche in questo caso la responsabilità del consiglio di sorveglianza delegante per le decisioni assunte dai comitati; (iv) all'attribuzione o "delega" di singoli poteri decisori vanno posti ulteriori limiti quantitativo-qualitativi, rappresentati in genere dalla non delegabilità dal consiglio ai comitati dell'adozione delle regole di auto organizzazione strutturale del consiglio di sorveglianza (ad esempio, adozione del regolamento dell'organo, istituzione di suoi comitati).

*(Riproduzione riservata)*