

LA CORPORATE GOVERNANCE :

I NUOVI PROFILI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO

Il nostro legislatore, come è noto, non si è limitato a riformare in modo sostanziale il modello tradizionale, o latino, che si fonda su una teoricamente netta separazione tra gestione e controllo, ma ha inteso affiancargli (a) un modello dualistico, di derivazione tedesca, caratterizzato dunque dalla compresenza di un consiglio di sorveglianza e di un consiglio di gestione, e (b) un modello monistico, di derivazione anglosassone, ove talune funzioni di controllo sono affidate ad un comitato interno al consiglio di amministrazione. Le imprese potranno così contare su due opzioni alternative rispetto al sistema latino, che resta peraltro centrale ed è direttamente applicabile in mancanza di una espressa deroga statutaria a favore di uno degli altri due sistemi. Emerge subito una prima osservazione generale. Il nostro, e non solo il nostro, sistema è fondato sull'assunto della separatezza, funzionale ed anche organica, tra le funzioni di gestione e controllo. La scelta e l'approccio vengono, di fatto, pienamente confermati nel modello tradizionale, ancorché vi sia qualche area di sovrapposizione, ad esempio tra amministratori non esecutivi e sindaci, infatti, ad ambedue le figure è attribuita una vigilanza generale sulla gestione, e sull'amministrazione in particolare, mentre, la distinzione, talvolta evocata, tra vigilanza di merito, attribuita agli amministratori non esecutivi, e vigilanza di legalità, non appare del tutto convincente. Con la previsione dei due modelli alternativi, fatalmente, questa consolidata ripartizione si rompe, e si assiste ad un annacquamento dei ruoli e delle funzioni, infatti, mentre nel modello monistico sono gli amministratori ad assumere le vesti anche di controllanti, nel modello dualistico sono i sorveglianti ad assumere alcuni non secondari compiti di amministrazione, in precedenza spettanti all'assemblea. Così, in relazione al modello monistico, non si è mancato di rilevare che gli amministratori indipendenti che siedono nel comitato di controllo sulla gestione "si troverebbero a deliberare in consiglio operazioni delle quali rispondono anche come controllori", stigmatizzandone l'evidente e palese conflitto di interessi. Analogamente, per quanto concerne il sistema dualistico, il potere di revoca *ad nutum* esercitabile dai membri del consiglio di sorveglianza nei confronti dei gestori fa sì che si

ponga un problema di indipendenza degli amministratori dal consiglio di sorveglianza, posto che tale organo, oltre a nominarli, può revocarli anche in assenza di giusta causa, ossia quando pur avendo essi rispettato legge e statuto, non abbiano soddisfatto le attese in termini di performance aziendale. Si tratta, insomma, di un controllo di merito, certamente meno neutrale di quello posto in essere dal collegio sindacale. È evidente, inoltre, che il problema si acuisce se si aderisce, come sembra corretto, alla tesi secondo la quale le competenze che la legge affida al consiglio di sorveglianza sono, almeno in parte, derogabili, sia nel senso della possibilità di una parziale riattribuzione di poteri all'assemblea, sia e soprattutto nel senso di una possibile ulteriore attribuzione al consiglio di sorveglianza. In particolare, se, grazie all'autonomia statutaria, al consiglio di sorveglianza venissero affidati, oltre a quelli stabiliti in generale dall'art. 2409-terdecies, c.c., poteri di indirizzo e di alta amministrazione, nonché poteri di autorizzazione per il compimento di specifici atti dei gestori, la confusione di ruoli verrebbe ancor più enfatizzata. Ma veniamo ad alcune critiche che sono state mosse sul modo in cui tali modelli stranieri siano stati tradotti nel nostro ordinamento. Molti si sono interrogati sulla effettiva necessità e opportunità di offrire modelli alternativi rispetto a quello tradizionale, soprattutto alla luce del fatto che essi sono caratteristici dei sistemi che li hanno generati, si sono rivelati poco appetibili, se non fallimentari, laddove essi sono stati esportati, indicativo in questo senso è il grado di diffusione del modello dualistico in Francia, adottato da poco più del 2,5% delle sociétés anonymes, e, con riferimento al modello monistico, hanno prestato il fianco a profonde critiche, proprio per la loro incapacità di, se non prevenire, quantomeno limitare crisi che non sono dipese da problemi di natura strutturale o congiunturale, bensì proprio da scelte azzardate, irragionevoli ed interessate in un contesto di controlli inefficaci. A questa osservazione generale, se ne è aggiunta un'altra relativa, per così dire, alle tecniche di importazione dei modelli stranieri e ad una sorta di "path dependence", forse inevitabile, ma certamente dannosa. Si è al riguardo notato che l'eccessivo attaccamento al modello tradizionale ha indotto il nostro legislatore, nel disegnare i nuovi modelli, a miscelarli con quello a cui era più abituato, confondendo, nel senso proprio del termine, obiettivi, funzioni,

poteri, doveri e responsabilità. Per quanto concerne il sistema monistico, infatti, il riferimento è al *board of directors* americano. Tuttavia, il board statunitense non è un organo di gestione, ma soprattutto, quantomeno nelle società aperte, di alta direzione, di consulenza e di monitoraggio del management. Il *board* in altri termini rappresenta, o dovrebbe rappresentare, quell'occhio vigile sull'operato del management che gli azionisti, nessuno dei quali detiene in generale pacchetti azionari sufficientemente consistenti, non vogliono, non possono o non hanno incentivi sufficienti per esercitare. Non vi è dubbio, peraltro, che le riforme assunte sotto la spinta degli scandali degli scorsi due anni abbiano accentuato fortemente la caratteristica del *board* come organo teso alla vigilanza di legalità e di merito. Vigilanza quindi sull'efficienza dell'impresa e sulla diligenza e fedeltà del management. All'interno del *board*, all'audit committee, nelle società quotate composto esclusivamente da amministratori indipendenti, spetta il monitoraggio del sistema dei controlli interni e la vigilanza sui revisori. Quest'ultima funzione, così come quelle relative alla nomina e al compenso del top management, ed il ruolo decisivo nell'ambito dell'approvazione di delibere nelle quali gli amministratori esecutivi abbiano per conto proprio o altrui (nel nostro ordinamento, in particolare, del socio di controllo o del gruppo di appartenenza) rappresentano il fulcro delle funzioni degli amministratori indipendenti. A questo modello si è ispirato, sotto il profilo dell'articolazione dell'organo amministrativo, il Codice Preda della Borsa, ed in questo senso era orientata, tra l'altro, la delega. Il Decreto, tuttavia, si distacca fortemente da questo schema, poiché ritiene che il consiglio di amministrazione abbia fondamentalmente funzioni di gestione, ed affida al comitato il *controllo* sulla gestione, oltre che il monitoraggio sul sistema di controlli interni e la vigilanza sui revisori, e non assegna, almeno direttamente, compiti particolari agli amministratori indipendenti. Di qui la commistione di ruoli, ulteriormente acuita dal fatto che nell'ambito del sistema monistico il consiglio può comunque delegare funzioni e poteri a singoli amministratori o comitati esecutivi. Vi è da chiedersi, in questo ambito, quali attribuzioni verranno assegnate agli amministratori non esecutivi, ed al consiglio nel suo complesso, che a prima vista appare del tutto svuotato di funzioni. Discorso analogo si può fare per il sistema dualistico. Il sistema

dualistico si è sviluppato in Germania e sarebbe difficile valutarne pregi e difetti prescindendo dall'esperienza, soprattutto se non unicamente tedesca, della cogestione, cui questo sistema di amministrazione e controllo è intimamente legato. Nella sua trasposizione, il nostro legislatore ha tuttavia doppiamente "tradito" il modello originario, poiché il sistema dualistico non prevede, per un verso, alcun ingresso dei dipendenti nel consiglio di sorveglianza, e tanto meno impone che in tale consiglio siedano gli azionisti di minoranza, né, per altro verso, assegna a detto organo alcuna funzione di alta direzione e amministrazione, scopo primario per esercitare il quale, invece, tale organo è stato creato in Germania. Non solo. Ancora una volta, emerge in tutta evidenza il rischio di una eccessiva commistione dei ruoli. Il Consiglio di sorveglianza esercita tutte le funzioni del consiglio sindacale, anche se ha ben più limitati poteri e doveri, ed esercita, altresì, alcuni compiti di amministrazione spettanti all'assemblea. Ci si dovrebbe aspettare, di conseguenza, che il consiglio di gestione sia deputato, appunto, unicamente ad esercitare questa attività. Ma così non è, posto che anche il consiglio di gestione può essere articolato in organi esecutivi, e uno o più amministratori possono detenere deleghe gestorie più o meno ampie. Difficile, allora, ricavare un ruolo a quei membri del consiglio di gestione che non detenessero alcuna delega gestoria. La riforma, nel prevedere la possibilità per i futuri azionisti, in sede di costituzione della società, di selezionare il tipo di governo che, più si addice al loro grado d'avversione al rischio ed alle esigenze di flessibilità, celerità e trasparenza della gestione, ha introdotto una vera e propria concorrenza tra modelli, con una certa dose di coraggio, posto che sono ben pochi gli ordinamenti che, nell'ambito della disciplina delle società per azioni, consentono alle imprese di scegliere liberamente tra un paniere di tre modelli legali alternativi di amministrazione e controllo, di cui, il Dualistico ed il Monistico secondo alcuni "costituiscono i punti estremi di una realtà lungo la quale si collocano "n" soluzioni intermedie eventualmente tra loro avvicendabili nel tempo anche all'interno di una stessa società", è in questa "prospettiva, modulare, variabile e graduabile consiste verosimilmente uno dei maggiori tributi del progetto di riforma alle esigenze di flessibilità. Ci si può chiedere se, nel merito, tra questi modelli esistano caratterizzazioni sufficientemente definite

e rilevanti da orientare e agevolare la scelta dei beneficiari della gestione dell'impresa. Al di là delle questioni legate alla nomina, dei gestori, nel modello dualistico, e dei membri del comitato per il controllo di gestione, nel modello monistico, e alla ripartizione di talune competenze tra i diversi organi che compongono i modelli "alternativi" a quello tradizionale, i fondamenti della funzione amministrativa/gestoria non sembrano variare. Le norme su poteri, doveri, funzioni e competenze degli amministratori sono di fatto le medesime a prescindere dal sistema prescelto. Ciò conduce pertanto ad esaminare i tre modelli con riferimento alle caratteristiche che più li distinguono, ovvero l'articolazione ed il peso specifico dei controlli. Se analizzati da questo punto di vista, emerge che sotto molti profili i nuovi modelli paiono meno "tutelanti" dei soci di minoranza rispetto a quello tradizionale, soprattutto alla luce di come quest'ultimo è stato modificato e reso più rigoroso a seguito degli interventi in sede di riforma, basti pensare, ad esempio, all'individuazione e all'articolazione dei poteri all'interno del consiglio, all'impugnazione delle delibere consiliari, alla disciplina degli interessi degli amministratori, alla più precisa individuazione degli obblighi di diligenza e correttezza. Si pensi, ad esempio, alla funzione di vigilanza nel sistema dualistico. I consiglieri di sorveglianza, che pur devono svolgere i medesimi compiti che la legge attribuisce ai sindaci, nel modello tradizionale: (a) devono soddisfare requisiti minori in termini di professionalità, non è richiesta la loro appartenenza ad albi professionali o la loro qualifica di professori universitaria, e di indipendenza, per un verso, possono essere coniugi, parenti e affini degli amministratori, e ci si chiede quale fiducia si possa riporre su un tale controllore e, per altro verso, sono revocabili anche in assenza di giusta causa; (b) hanno doveri minori, non è nemmeno richiesto, ad esempio, che essi partecipino alle riunioni del consiglio di sorveglianza, del consiglio di amministrazione, del comitato esecutivo e alle adunanze dell'assemblea; (c) non sono dotati degli ampi poteri di controllo, collegiali e individuali, che caratterizzano la funzione di vigilanza del collegio, ad esempio e risolutivamente, non hanno il potere di procedere in ogni momento, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo, così come peraltro non possono nemmeno avvalersi di propri dipendenti ed ausiliari. La lista potrebbe continuare, ma sembra già piuttosto

esplicativa del forte depotenziamento della funzione di sorveglianza. Vi è chi ha evocato la figura, a questo proposito, di un Poliremo disarmato. Nel sistema dualistico, inoltre, a questo tratto si accompagna la sostanziale riduzione delle aree di competenza dei poteri amministrativi e di gestione indirettamente esercitabile dagli azionisti tramite la loro organizzazione corporativa. All'assemblea sono sottratte, in favore del Consiglio di Sorveglianza, delibere quali la nomina e la revoca dei preposti alla gestione, l'approvazione del bilancio.

Con l'attribuzione al Consiglio di Sorveglianza della competenza a nominare gli amministratori sembrerebbe essersi fatto di questo ufficio una sorta di diaframma tra l'assemblea ed il Consiglio di gestione. L'effetto non è stato quello di introdurre del pluralismo nella scelta dei preposti alla gestione, o elementi di composizione in un organo di ponderazione, atteso che non si è prevista né la partecipazione delle minoranze al Consiglio di Sorveglianza, né la partecipazione dei lavoratori, presente nel sistema tedesco, bensì solo di attenuare l'influenza dei soci nella scelta dei preposti alla amministrazione. La scelta non è stata casuale: si è parlato di “ rifiuto di delineare un modello legale di cogestione con i lavoratori e le minoranze” sottraendo la riforma “ alla tentazione di abbracciare tanto facili quanto semplicistiche concezioni della democrazia societaria”; un deciso ridimensionamento della regola plutocratica di funzionamento delle società per azioni che, se si giustifica in positivo nel modello tedesco, dove risulta funzionale a comporre gli interessi del capitale e del lavoro in ordine alla scelta degli amministratori, trova giustificazione soltanto in negativo nel nostro ordinamento nel sottrarre, cioè, ai soci la scelta dei preposti alla gestione. Inoltre l'assemblea non ha, almeno di non supplire per via statutaria, il potere di autorizzare eventualmente il compimento di atti dei gestori, ferma peraltro la loro responsabilità per gli atti compiuti. Insomma, sotto questo profilo non si può certo dar torto all'estensore della relazione al Decreto, quando afferma che il modello dualistico è senz'altro quello che “più realizza la dissociazione tra proprietà dei soci e potere degli organi sociali”. Secondo molte associazioni industriali, il modello dualistico è particolarmente adatto quale modello per la gestione della delicata fase di transizione generazionale delle imprese a ristretta compagine

azionaria, prevalentemente familiare. In pratica, per favorire questo processo si ipotizzava uno schema sulla base del quale i capofamiglia che avessero voluto o dovuto abbandonare la gestione attiva dell'impresa familiare, sfruttando la morfologia del modello dualistico avrebbero potuto sedere nel consiglio di sorveglianza, e da qui monitorare la performance dei figli e dei nipoti, deputati alla gestione quotidiana degli affari sotto la loro alta direzione. Tant'è che per rendere effettivamente disponibile questo modello volto a favorire il passaggio generazionale quasi tutte le principali associazioni imprenditoriali, in sede di audizione dinanzi alle competenti commissioni parlamentari, si erano scagliate contro la norma che regolava i requisiti di indipendenza dei componenti del consiglio di sorveglianza. La disposizione contestata è contenuta nell'art. 2399, c.c., b), in precedenza richiamata dalla disciplina sul consiglio di sorveglianza: per effetto del rinvio, non poteva essere sindaco (e dunque membro del consiglio di sorveglianza) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, nonché gli amministratori e il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, dalle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo. Dunque, coniugi, parenti e affini degli amministratori non avrebbero potuto essere membri del consiglio di sorveglianza. Le famiglie avrebbero dovuto consegnare a soggetti estranei, ancorché di fiducia, poteri essenziali quali la nomina e la revoca dei gestori, oltre che la approvazione del bilancio. Problema aggravato per il fatto che, in conformità alla disciplina dei sindaci si prevedeva che i membri del consiglio di sorveglianza non potessero essere revocati, se non per giusta causa. La norma è stata modificata a seguito delle osservazioni di Confindustria e altre associazioni industriali: può essere membro del CdS anche chi abbia rapporti di parentela con i membri del consiglio di gestione. Il testo definitivo dell'art. 2409-duodecies, comma 10°, c.c., richiama infatti la lettera c) ma non la lettera b) dell'art. 2399, c.c.. Tuttavia, questa manovra, che indubbiamente inciderà sul grado di effettiva indipendenza nell'esercizio della funzione di vigilanza, rischia di non sortire effetti. Infatti, il legislatore della riforma non ha modificato il rinvio all'art. 2399, lett. c), c.c.. Dunque, non possono rivestire la carica di sindaco coloro che sono legati alla società (o alle società da questa

controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo) da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza. Occorre dunque chiedersi cosa possa intendersi per rapporti di natura patrimoniale. Se per patrimonio si intende il complesso di attività e passività dell'impresa, si dovrebbe riferire la locuzione rapporti di natura patrimoniale a tutti coloro che hanno rapporti di debito o di credito con la società, compresi quelli a titolo di mutuo, ma anche a coloro che intrattengono rapporti giuridici di natura patrimoniale con la società, nonché a coloro che ne sono azionisti. Del resto, si tratterebbe di una interpretazione certamente non rivoluzionaria in un'ottica comparatistica. Un breve esame di tutte le normative e dei codici di autodisciplina che definiscono il rapporto di indipendenza dei preposti alla funzione di vigilanza, a partire dal Codice Preda, riferiscono questa condizione tanto ai rapporti con gli amministratori e il management della società, quanto al possesso di un determinato quantitativo di azioni. Questa definizione è infatti coerente con il tipo di conflitto che la funzione di controllo e vigilanza interna intende eliminare o, quantomeno, limitare: nelle società aperte, il conflitto tra interesse sociale e benefici privati di amministratori e manager; nelle società a proprietà concentrata, il conflitto tra interesse sociale e i benefici privati del socio di controllo, potenzialmente perseguiti dai "suoi" agenti, gli amministratori. E allora, tornando al nostro problema, sorge una questione delicata. L'art. 2409-duodecies, c.c. specifica che i membri del consiglio di sorveglianza possono essere sia non soci, sia soci. Tuttavia, questa scelta sarebbe preclusa, in virtù del rinvio alla lettera c) del comma 1° dell'art. 2399, c.c., a quei soci la cui partecipazione (rapporto patrimoniale) fosse tale da comprometterne l'indipendenza. In altri termini, dal punto di vista delle cause di ineleggibilità e decadenza dei membri del consiglio di sorveglianza la disposizione sembrerebbe potersi leggere nel senso che anche i soci possono essere nominati consiglieri, sempre che la loro partecipazione non sia di rilevanza tale da comprometterne la indipendenza. Difficile stabilire a priori quando ciò si verifichi. Il problema consiste nel fissare una soglia massima di "partecipazione". In sede di prima applicazione potrebbe

peraltro farsi riferimento a quanto statuito nel paragrafo 3.1.b del Codice di Autodisciplina della Borsa, il quale attribuisce la qualifica di (amministratori) indipendenti a coloro che, tra l'altro, "non sono titolari, direttamente, indirettamente o per conto di terzi di partecipazioni azionarie di entità tale da permettere loro di esercitare il controllo o un'influenza notevole sulla società, né partecipano a patti parasociali per il controllo della società stessa". Si può dunque giungere alla conclusione del discorso. Si è detto che la spinta delle associazioni di imprese per eliminare alcuni dei requisiti di ineleggibilità alla carica di membro del consiglio di sorveglianza era determinata dalla volontà di riservare il ruolo ai capostipiti delle imprese familiari. Ma questi soggetti, direttamente o indirettamente, hanno, di regola, rapporti di natura patrimoniale con la società, tali da comprometterne l'indipendenza. Allora, o si tratta di una svista del legislatore; oppure si tratta di una norma volutamente suicida, perché con essa si nega di fatto quello che si mirava a consentire con la modifica dell'altra disposizione; oppure, ancora, si deve ripensare alla interpretazione di "rapporti di natura patrimoniale", giungendo a conclusioni diverse da quelle che sembrano, invece, quelle più ragionevoli. A questa osservazione se ne può aggiungere un'altra che sembrerebbe contribuire a diminuire ulteriormente l'appetibilità del modello dualistico per la "successione" nella direzione familiare dell'impresa. Il comma 2° dell'art. 2373, c.c., dispone infatti che i soci che siano altresì componenti del consiglio di gestione non possono votare nelle deliberazioni assembleari riguardanti la nomina, la revoca o la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza. Si arriva dunque all'assurdo. Per poter fare il sorvegliante, il padre deve liberarsi delle azioni, dandole al figlio. Ma il figlio non può eleggere il padre. Infine, un secondo profilo di particolare appetibilità del modello dualistico si era individuato per i soggetti, sostanzialmente fondi chiusi e aperti e intermediari finanziari, che per obiettivi di natura speculativa o di investimento a medio lungo termine investono, spesso con quote cumulativamente di maggioranza, in imprese di medie dimensioni. Questi soggetti non hanno solitamente le competenze né l'intenzione di occuparsi della gestione operativa dell'impresa, lasciata in mano al management e ai consiglieri dotati di deleghe esecutive, ossia, nel nostro caso, ai membri del consiglio di gestione. Ma, come è ben noto a chi abbia

esaminato gli spesso complessi patti parasociali che accompagnano questo genere di acquisizioni, i soci finanziari intendono riservarsi poteri di veto o comunque di consultazione e di alta direzione su alcune questioni di particolare rilievo, quali il budget, la nomina del top management, le acquisizioni e cessioni di azienda, i piani di ristrutturazione aziendale. Attività, quest'ultima, sostanzialmente consentita nel modello dualistico tedesco ove (§111Abs. 4, AktG) lo statuto deve stabilire quali atti di gestione debbano essere autorizzati dal consiglio di sorveglianza prima di poter essere posti in essere dal consiglio di gestione. Eppure, nel nostro ordinamento questa opzione sembrerebbe a prima vista negata ai componenti del consiglio di sorveglianza, quantomeno se si interpreti restrittivamente e letteralmente la disposizione contenuta nell'art. 2409-novies, c.c., in omaggio alla quale la gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione. Ci si potrebbe però chiedere se, nonostante il tenore apparentemente categorico della norma, le suddette funzioni possano attribuirsi al Consiglio in via statutaria. L'appiglio principale per addivenire ad una conclusione positiva mi sembra dovuto alla differente scrittura dell'art. 2364, c.c. (assemblea ordinaria tradizionale) e 2364-bis, c.c. (assemblea ordinaria nelle società con consiglio di sorveglianza). Nella prima si dice che l'assemblea delibera sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la loro responsabilità. Nella seconda non si dice nulla. Allora si potrebbe sostenere che, posto che nel modello dualistico molte delle principali competenze amministrative sono state trasferite dall'assemblea al Consiglio di Sorveglianza, anche il potere autorizzativo *ex ante* potrebbe essere attribuito a quest'ultimo organo, tant'è che detto potere non è più di competenza dell'assemblea. A supporto di questa tesi (derogabilità in via statutaria), si è segnalato che: (1) la legge non dichiara inammissibili pareri e autorizzazioni (argomento dubbio, se si legge restrittivamente il termine esclusivamente, che letteralmente significa solo a, e quindi a nessun altro se non a); (2) il criterio direttivo della legge delega è l'ampliamento dell'autonomia statutaria (art. 4, c. 2, lett. a) legge delega); (3) sotto un profilo sistematico nel modello monistico, la compromissione dei componenti del Comitato per il controllo sulla gestione con la gestione è molto più estesa, posto che essi partecipano

alle deliberazioni, eppure nessuno ha negato ad essi funzioni di controllo. A ciò si aggiunga che tali funzioni sembrerebbero compatibili con il controllo, anche di merito, che il consiglio di sorveglianza deve esercitare sui componenti del consiglio di gestione, e sul fatto che gli stessi consiglieri di sorveglianza siano revocabili *ad nutum* il che rende plausibile che la loro posizione possa avvicinarsi, per certi versi a quella di un soggetto che compia altresì compiti di alta amministrazione.

Il Modello Dualistico

Il Consiglio di gestione

Nel sistema dualistico, come nel sistema tradizionale, gli organi cui è attribuita la gestione ed il controllo della società sono distinti, in forza dell'art. 2409-octies, c.c., ma, a differenza del tradizionale, in cui entrambi sono nominati dall'assemblea dei soci, in quello dualistico l'assemblea nomina il consiglio di sorveglianza (organo di controllo), mentre il consiglio di gestione (organo di gestione) viene nominato a caduta dall'organo di controllo, al quale, in questo modo vengono attribuite funzioni e competenze che, nel sistema tradizionale, sono proprie dell'assemblea. In quanto ufficio cui è affidata la gestione della società, il consiglio di gestione svolge, nel sistema dualistico, le stesse funzioni del consiglio di amministrazione nel modello tradizionale. La novità consiste nel farla derivare da una disposizione ad hoc, quella dell'art. 2380-bis, c.c. riprodotta anche nell'art. 2409-novies, c.c. per il sistema dualistico, intesa a sottolineare che la competenza gestoria è attribuita agli amministratori in via esclusiva, potendo compiere tutti gli atti necessari per l'attuazione dell'oggetto sociale, come sembra confermato dalla modifica del disposto dell'art. 2364, comma 1° n. 4, c.c., del testo precedente, ora art. 2364, comma 1° n. 5, c.c., che limita alle sole “*autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori*” la competenza dell'assemblea a deliberare su oggetti diversi da quelli attribuiti dalla legge ed attinenti alla gestione, con ciò escludendo la competenza dell'assemblea quando la richiesta

provenga dagli amministratori. Il suo funzionamento è in larga parte disciplinato per richiamo alle norme sul consiglio di amministrazione, in quanto compatibili, dall'art. 2409-undecies c.c.: i componenti del consiglio devono agire in modo informato e viene riconosciuto a ciascuno, in caso di deleghe, il potere di chiedere ai delegati di fornire informazioni in consiglio, ergo, in tema di presidenza e deleghe di funzioni, mediante il richiamo all'art. 2381, c.c.; trovano applicazioni le cause di ineleggibilità e decadenza (art. 2382, c.c.), nonché i requisiti statuari di onorabilità, professionalità e indipendenza (art. 2387, c.c.); la disciplina relativa alla pubblicità della nomina ed agli effetti dell'invalidità della nomina nei rapporti con i terzi (art. 2383 c.c., commi quarto e quinto), nonché quella relativa ai poteri di rappresentanza (art. 2384, c.c.) e alla cessazione della carica (art. 2385, c.c.), così come il divieto di concorrenza (art. 2390, c.c.); infine trovano, inoltre, applicazione le previsioni della responsabilità nei confronti della società, dei creditori sociali e dei singoli soci e terzi ricorrendo i presupposti e le condizioni previste dagli artt. 2392, c.c., 2394 c.c. e 2395, c.c.. Alle deliberazioni del consiglio si applicano, poi, per espressa previsione normativa, senza che vi sia alcun spazio di giudizio di compatibilità da parte dell'interprete, la norma relativa a quorum costitutivi e deliberativi e il regime della loro impugnazione (art. 2388, c.c.), riconoscendosi anche al consiglio di sorveglianza la legittimazione a impugnare le deliberazioni del consiglio di gestione (art. 2409-undecies, c.c.). Si discute da tempo se il consiglio di gestione nei sistemi dualistici e più in particolare il Vorstand tedesco sia più simile al nostro consiglio di amministrazione o al nostro comitato esecutivo. Se si considera che nel sistema italiano gli amministratori delegati appartengono allo stesso ufficio dal quale ricevono la delega, mentre nel sistema dualistico nessuno può ricoprire contemporaneamente la carica di membro Vorstand e dell'Aufsichtsrat, la somiglianza sembrerebbe più forte, tanto più che al Vorstand, come anche al consiglio di gestione nel nostro sistema dualistico, sono attribuite competenze proprie direttamente dalla legge, e non per delega. Inoltre, al comitato esecutivo non è riconosciuta un'area di competenza esclusiva, mentre sicuramente al Vorstand è assicurata una competenza esclusiva, potendo gli statuti al massimo subordinare determinate decisioni alla

approvazione dell' Aufsichtsrat e restando gli amministratori gli unici responsabili della direzione della società. Ancora, in punto di revoca, nel sistema dualistico la rimozione dell'organo gestorio può essere disposta solo per un importante motivo (§ 84 AktG), mentre per i consiglieri di amministrazione, come anche per i consiglieri di gestione, la presenza di una giusta causa serve solo ad escludere l'illiceità della revoca e dunque l'obbligo di risarcire il danno all'amministratore revocato, il che esclude, ancora una volta, la somiglianza del Vorstand con il comitato esecutivo, atteso che gli amministratori delegati possono essere rimossi anche con revoca immotivata da parte del consiglio. Diversa è la ricostruzione di chi ritiene esservi maggiore somiglianza tra il Vorstand e il comitato esecutivo, sul presupposto che i preposti all'ufficio di gestione siano una profanazione dell'ufficio di sorveglianza, o, se si preferisce, che nel rapporto tra Aufsichtsrat e Vorstand nella società per azioni tedesca vi sia un rapporto di dipendenza. Eloquenti in questo senso la possibilità riconosciuta allo statuto di conferire all'Aufsichtsrat il potere di stabilire il regolamento interno del Vorstand, così come la possibilità riconosciuta allo stesso Vorstand, attraverso il proprio regolamento interno o qualora lo preveda lo statuto, di realizzare una ulteriore ripartizione di compiti al proprio interno, una sorta di comitato esecutivo. Diversamente dal sistema ordinario, non è ammesso il gestore unico: nel sistema dualistico deve sussistere sempre un consiglio formato da almeno due componenti (art. 2409-novies, comma 2°, c.c.), anche non soci. Tale composizione pluripersonale non sembrerebbe avere natura collegiale, non già perché la collegialità come rito decisionale non possa governare anche un ufficio bipersonale, ma perché con la collegialità sarebbe stata più coerente la previsione di un numero minimo dispari. Tuttavia, essendo inconfigurabile un sistema di amministrazione di società di capitali nel quale ciascun amministratore possa decidere da solo il compimento di atti di gestione, non a caso è stata necessaria tale riforma per introdurre una simile possibilità nelle società a responsabilità limitata, ed inoltre, non avendo senso prevedere un presidente, come previsto dall'art. 2409-undecies, c.c. che richiama l'art. 2380-bis, comma 5°, c.c., in un ufficio che non opera collegialmente, il consiglio di gestione non può che essere un ufficio collegiale. Fatto salvo per i primi componenti, nominati

dall'atto costitutivo, e per i posti riservati ai portatori degli strumenti finanziari, in base all'art. 2351, c.c., e allo Stato e agli altri enti pubblici, in base agli artt. 2449, c.c. e 2450, c.c., la nomina dei componenti il consiglio di gestione spetta al consiglio di sorveglianza, che ne determina anche il numero nei limiti stabiliti dallo statuto in forza dell'art. 2409-novies, comma 3°, c.c., caratteristica, quest'ultima, che rappresenta l'aspetto più innovativo e rilevante del modello in esame. E' l'unico caso nell'intera disciplina delle società per azioni in cui la scelta dei gestori non spetta all'assemblea dei soci, che viene spogliata della relativa competenza al punto che, in caso di adozione del sistema dualistico le competenze di queste sono stabilite con disposizione ad hoc, ma è rimessa a un organo da questa nominato quale il consiglio di sorveglianza, che secondo alcuna evidenza, essendo che la nomina dell'organo controllato (consiglio di gestione) compete al controllore (consiglio di sorveglianza), una circostanza singolare, per non dire sospetta, di coincidenza, in capo agli stessi soggetti, della nomina e del controllo, a detrimento della funzione di controllo che ne esce così pregiudicata. Diversamente dal sistema tedesco, dove la nomina degli amministratori da parte del consiglio di sorveglianza è funzionale, in positivo, a rendere i primi espressione tanto dei soci quanto dei lavoratori, dato che anche questi ultimi concorrono alla scelta dei componenti del consiglio di sorveglianza, la nomina degli amministratori da parte del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico all'italiana si giustifica, in negativo, nell'intento di sottrarre la scelta all'influenza diretta dei soci, con ciò recidendo anche quel tanto di sovranità assembleare necessariamente mediata non solo nel momento esecutivo ma anche nel momento decisorio. Inoltre, sempre al consiglio di sorveglianza spetta la competenza a revocare gli amministratori anche ad nutum, dunque sulla base di un controllo di merito - revoca ad nutum che non è prevista neppure nel sistema tedesco, dove gli amministratori possono essere revocati solo in presenza di giusta causa (§ 84 abs. 3) dal consiglio di sorveglianza che, pure prende parte alla funzione gestoria attraverso competenze di alta amministrazione e svolge indubbiamente un controllo di merito - che nel modello tradizionale è attribuita all'assemblea e che si giustifica per il fatto che i soci perseguono un interesse proprio. Tale funzione è stata oggetto di vivaci critiche da

parte di chi ha ravvisato che i consiglieri di sorveglianza rischiano di trovarsi fra l'incudine e il martello, in quanto la revoca senza giusta causa potrebbe esporli al rischio di una responsabilità per danni che potrebbe ricadere non solo sulla società ma sugli stessi sorveglianti deliberanti, mentre un'eventuale revoca per giusta causa potrebbe accompagnarsi ad un'azione di responsabilità, in cui tuttavia potrebbero essi stessi trovarsi coinvolti o per culpa in eligendo o per culpa in vigilando, il rischio è dunque quello di un concreto depotenziamento della funzione di controllo, nonostante le «grida manzoniane». In questo modo si è fatto del consiglio di sorveglianza una sorta di diaframma tra gli amministratori e l'assemblea, attraverso il quale i soci affidano alla competenza di un organo professionale, parole queste della relazione, la selezione ed il controllo dei preposti all'amministrazione, con la differenza che, nello scegliere e nel revocare gli amministratori perseguono un interesse proprio, il consiglio di sorveglianza nello scegliere e nel revocare gli amministratori si fa portatore di un interesse altrui. Il che, se si giustifica nel diritto tedesco, dove il consiglio di sorveglianza è considerato un organo autonomo dell'impresa più che non della società, e persegue quindi l'interesse istituzionale di questa, non si capisce quale fondamento abbia nel sistema dualistico italiano, dove il consiglio di sorveglianza finirebbe per operare un controllo di merito pur non perseguendo un interesse proprio, pur non partecipando alla funzione amministrativa e pur non avendo una qualificazione professionale ad hoc. Nel modello dualistico italiano la competenza del consiglio di sorveglianza in materia di nomina non è derogabile dall'autonomia privata, e ciò non solo perché la lettera dell'art. 2409-novies, c.c. rimette all'atto costitutivo soltanto la nomina dei primi componenti, ma perché una scelta diversa, da quella caratterizzante il modello organizzativo dualistico, sarebbe incompatibile con l'adozione di tale modello, cioè, l'autonomia statutaria non potrebbe in Italia, come invece si auspicava nella discussione sul progetto Mirone, esercitare quella "subopzione" di affidare alla competenza assembleare sia la nomina del consiglio di sorveglianza quanto la nomina del consiglio di gestione, positivamente previsto, invece, dal regolamento sulla società europea, perché se le residue competenze del consiglio di sorveglianza venissero separate dal potere di nomina e revoca

degli amministratori, non sarebbero altrettanto caratterizzanti, come dice la Relazione ministeriale, là dove, nel definire le caratteristiche del modello dualistico, rileva proprio che “ *la proprietà decide sull’elezione del consiglio di sorveglianza*”. Nella versione definitiva del decreto delegato è la legge stessa, quando prevede nell’art. 2409-terdecies, comma 1°, lett. A), c.c., che il consiglio di sorveglianza nomina e revoca i componenti del consiglio di gestione e ne determina il compenso “ *salvo che la relativa competenza sia attribuita dallo statuto all’assemblea*” , ad attribuire all’autonomia statutaria una possibilità di scelta che le logiche del modello non gli avrebbero riconosciuto, cioè, ritrasferire alla assemblea la competenza a nominare tanto i controllati quanto i controllori, vanificando in tal modo la specificità, e probabilmente l’utilità, del modello in esame, ma, non solo la Relazione non dà affatto conto di questa chance, ma offre addirittura una descrizione del sistema dualistico del tutto in contrasto con tale opzione statutaria là dove afferma che nel sistema dualistico “ *la proprietà non nomina gli amministratori*”. Di fronte a tale scelta, o si deve ammettere che la sola via d’uscita, per salvaguardare la coerenza del modello dualistico, è quella di interpretare le parole “ *la relativa competenza*” come riferite alla sola competenza alla determinazione del compenso, ma questo comporta una notevole forzatura, oppure si deve riconoscere che la variante del modello dualistico risultante dall’opzione in esame è un evidente “nonsense”. A differenza del sistema tradizionale dove l’assemblea può nominare amministratori gli stessi soci, nel sistema dualistico analoga possibilità non è data all’organo di sorveglianza, i cui componenti non possono essere contemporaneamente membri del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per evitare che la scelta dei membri dell’organo di sorveglianza da parte dell’assemblea potesse riflettersi direttamente sulla composizione del consiglio di gestione, ripristinando quella influenza dominante dell’assemblea sulla scelta dei preposti alla gestione che il sistema dualistico ha inteso eliminare. Pertanto il consiglio di gestione non si configura come un comitato ristretto del consiglio di sorveglianza, ma come organo separato, sottoposto ai controlli di questo. I membri restano in carica per un periodo non superiore a tre esercizi, nulla impedisce di stabilirla per un periodo inferiore, con scadenza alla data della riunione del consiglio di

sorveglianza convocato per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica come previsto dall'art. 2409-novies, comma 4°, c.c.. Come nel modello tradizionale i preposti all'ufficio sono rieleggibili allo scadere del termine, salvo diversa previsione dello statuto, in forza del quinto comma dell'art. 2409-novies c.c.. La rieleggibilità rende gli amministratori particolarmente esposti al rischio di dipendenza dal consiglio di sorveglianza, soprattutto se si considera che questo rischio non viene controbilanciato da quella stabilità reale del preposto all'ufficio che potrebbe derivargli dalla revoca ancorata alla giusta causa. Non trova, infine, applicazione il meccanismo della cooptazione degli amministratori da parte dei componenti dell'organo di gestione rimasti in carica, neppure quando questi siano più della metà, come accade invece nel modello tradizionale di amministrazione (art. 2386, c.c.): se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più componenti del consiglio di gestione, il consiglio di sorveglianza provvede senza indugio alla loro sostituzione (art. 2409-novies, ultimo comma, c.c.). Ultimo comma poco chiaro se il consiglio di sorveglianza vi debba provvedere solo nel senso che è competente a deliberare la sostituzione di coloro che sono venuti a mancare o anche nel senso che uno o più dei suoi membri possono medio tempore svolgerne le funzioni come è previsto nel sistema tedesco e dal recente regolamento sulla società europea, sebbene, visto che nessun potere, nemmeno di ordinaria amministrazione, viene attribuito al consiglio di sorveglianza a differenza di quanto previsto per i sindaci dall'art. 2386 c.c., nonché in coerenza con l'alterità soggettiva tra i componenti dell'ufficio di gestione e di sorveglianza prevista dall'art. 2409-novies, c.c., comma quarto, facci propendere per la prima soluzione. La cooptazione è esclusa anche nel sistema tedesco, soluzione quest'ultima che sembra funzionale evidentemente al mantenimento della composizione pluralistica dell'ufficio, ma non si comprende, in assenza di una composizione pluralistica dell'ufficio di sorveglianza nel modello dualistico, quale ragione possa giustificare la mancata previsione della cooptazione nel consiglio di gestione, sempre che non la si voglia rintracciare nella necessaria alterità soggettiva tra appartenenti all'ufficio che nomina e componenti dell'ufficio cui si viene nominati.

L'azione sociale di responsabilità

L'azione sociale di responsabilità può essere promossa, oltre che dall'assemblea e dai soci di minoranza, in base agli artt. 2393, c.c. e 2393-bis, c.c. richiamati dall'art. 2409-decies, c.c., anche dal consiglio di sorveglianza, che assume la relativa deliberazione a maggioranza dei componenti e, dunque non semplicemente dei presenti, azione quest'ultima, elemento caratterizzante del sistema dualistico che, deve essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica come previsto dal comma 3° dell'art. 2409-novies, c.c.. La proposizione dell'azione da parte di un organo privo del potere di rappresentanza della società, il quale spetta al consiglio di gestione, a norma dell'art. 2409-novies, c.c., non deve scandalizzare, perché già sotto il vigore del codice di commercio del 1882 l'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori veniva esercitata dal collegio sindacale. Si tratta, in sostanza, di riconoscere all'organo di controllo un ulteriore potere sull'organo amministrativo, al fine di indurlo al rispetto dei propri doveri. Se la deliberazione viene assunta con il voto favorevole dei due terzi dei componenti, si determina automaticamente la revoca dei consiglieri di gestione nei cui confronti è stata promossa e il consiglio di sorveglianza provvederà, contestualmente alla sostituzione del membro revocato in forza dell'art. 2409-novies, c.c., comma secondo. Mentre una parte della dottrina ritiene che tale azione rappresenti un efficace incentivo per il consiglio di sorveglianza a condurre la propria attività di controllo in modo penetrante e attento, giacché non è escluso che l'omessa o ritardata promozione dell'azione di responsabilità nei confronti dei consiglieri di gestione si rilevi fonte di responsabilità per i membri del consiglio di sorveglianza, altra parte ha revocato in dubbio l'efficacia di detta azione, reputandosi poco probabile l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte dell'organo di controllo nei confronti dei componenti del consiglio di gestione nominato dallo stesso controllore, potendosi configurare, in tal caso, il rischio per il medesimo consiglio di sorveglianza di vedersi a sua volta contestare una responsabilità per culpa in vigilando, se non addirittura per culpa in eligendo. Così come

previsto in capo alla società nel sistema tradizionale, lo stesso consiglio di sorveglianza può rinunciare all'esercizio dell'azione e può transigerla, purché rinuncia e transazione siano approvate sempre dalla maggioranza dei suoi componenti, e purché non si oppongano tanti soci che rappresentino il venti per cento del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio, il cinque per cento ovvero, ancora, la diversa misura prevista dallo statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte dei soci, così come previsto dal quarto comma dell'art. 2409-novies, c.c.. La disposizione attribuisce a una minoranza, variamente qualificata, di soci un potere di inibizione sulle decisioni del consiglio di sorveglianza, cui viene riconosciuta l'autonoma legittimazione all'esperimento dell'azione, al pari di quanto avviene nel sistema tradizionale sulle determinazioni dell'assemblea. La rinuncia all'azione decisa dal consiglio di sorveglianza non pregiudica in alcun modo l'azione sociale promossa dai creditori sociali, così come l'azione dei soci di minoranza in base all'art. 2393-bis, c.c.. Quest'ultima, secondo una parte della dottrina, non viene pregiudicata non solo dall'eventuale rinuncia all'azione da parte del consiglio di sorveglianza, ma anche dall'ipotetica rinuncia fatta dalla società e dunque anche qualora la relativa decisione non abbia avuto l'opposizione dei soci indicata nell'ultimo comma dell'art. 2393, c.c., come invece previsto nel modello tradizionale. Sembra quasi che, in tal modo, il legislatore abbia voluto assicurare un bilanciamento alla concentrazione di poteri nel consiglio di gestione e di sorveglianza del sistema dualistico rispetto a quanto avviene negli organi di amministrazione e controllo nel modello tradizionale. Dubbio è invece se la rinuncia da parte dell'assemblea impedisca la promozione dell'azione sociale di responsabilità da parte del consiglio di sorveglianza in relazione agli stessi fatti. A favore della soluzione positiva farebbe propendere la considerazione che la volontà dei soci deve prevalere, mentre, a favore della soluzione negativa farebbe pensare il regime delle responsabilità cui è soggetto il consiglio di sorveglianza. Per quanto riguarda la transazione, dato che con essa il danno è stato risarcito e gli amministratori non possono essere chiamati a risarcirlo due volte, è sempre opponibile alla società, vuoi perché quella deliberata dal consiglio di sorveglianza è direttamente imputabile alla società, vuoi perché se la transazione

è stata conclusa significa che non è intervenuta l'opposizione dei soci, come disciplinata dall'art. 2409-decies, comma 4°, c.c., ergo, l'azione sociale non può più essere promossa dall'assemblea, la quale, nel caso in cui l'atto sia stato concluso a condizioni penalizzanti per la società, potrà, promuovere l'azione di responsabilità nei confronti dei membri del consiglio di sorveglianza. La disciplina lascia qualche dubbio, poiché per l'opposizione dei soci non è previsto alcun termine, probabilmente, l'esecuzione secondo buona fede dei doveri dei consiglieri di sorveglianza implicherebbe una informativa ai soci medesimi prima della conclusione della transazione, al fine di mettere gli stessi nella condizione di esercitare il diritto di opposizione loro spettante. E' opponibile ai creditori sociali ex art. 2394, c.c. nei noti limiti della revocabilità, poiché la transazione della società è anche quella decisa dal consiglio di sorveglianza. Più problematica l'opponibilità a curatore, commissario straordinario e commissario liquidatore in caso di procedure concorsuali ex art. 2394-bis, c.c., data la nota configurazione di tali soggetti come terzi rispetto alla società, non pienamente condivisibile quando ci si limiti a fatti che integrano gli estremi della sola azione sociale. Nel caso di opponibilità ai soci di minoranza gli esiti interpretativi non sono altrettanto sicuri. L'azione della minoranza è pur sempre un'azione sociale, per cui dovrebbe valere quanto già detto per il concorso fra azione della società e azione del consiglio di sorveglianza. Ma è anche vero che presupposto della transazione da parte di questi ultimi è la mancata opposizione della minoranza di capitale idonea a promuovere la medesima azione. Nel caso in cui tale azione di minoranza sia stata promossa, l'opposizione è in re ipsa, dovendosi in contrario manifestare un espresso abbandono dell'azione intrapresa. Diversamente alcuna transazione è ipotizzabile, sia da parte dell'assemblea sia da parte del consiglio di sorveglianza.

Il Consiglio di sorveglianza

Il consiglio di sorveglianza è l'organo deputato al controllo che ricomprende, tanto sul piano strutturale quanto sul piano funzionale, il modello del collegio sindacale. E tutto ciò anche

dopo le modifiche apportate allo schema di decreto delegato, approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, dopo i pareri delle commissioni parlamentari. Certo quelle modifiche hanno tentato di accentuare l'alternatività dei sistemi, ma resta il fatto che l'art. 223-septies delle disposizioni di attuazione tende ad assimilare collegio sindacale, consiglio di sorveglianza e comitato per il controllo sulla gestione, creando non sempre agevoli problemi interpretativi. Quelle modifiche hanno poi reso meno rigidi i modelli in se', dando più spazio al loro stesso interno all'autonomia statutaria e rendendoli alterabili. Trattasi di un organo collegiale, composto, anche da non soci, in un numero non inferiore a tre - in tal senso sembra che il legislatore abbia voluto valorizzare l'esigenza di evitare la paralisi operativa dell'organo, esigenza non recepita al contrario, nella disciplina del consiglio di gestione- salvo che lo statuto preveda un maggior numero di componenti, e di cui almeno uno deve essere scelto tra gli iscritti al registro ministeriale dei revisori contabili, in forza dell'art. 2409-duodecies, commi 1° e 4°, c.c., e salvo le uniche eccezioni legislativamente previste che riguardano la nomina dei primi componenti, che è rimessa all'atto costitutivo, e la nomina riservata ai titolari di strumenti finanziari allo Stato e ad enti pubblici. Fatta eccezione per i primi componenti nominati nell'atto costitutivo, la nomina dei successivi componenti spetta all'assemblea, previa determinazione del loro numero nei limiti stabiliti dallo statuto, come previsto dal secondo comma dell'art. 2409-duodecies, c.c.. Nell'assemblea, convocata per l'elezione del predetto consiglio, non possono votare i componenti del consiglio di gestione. La norma non è affatto chiara; il consiglio di gestione viene nominato dal consiglio di sorveglianza e, quindi, salvo il caso improbabile che i candidati all'ufficio di sorveglianza abbiano già manifestato i nomi dei soci che chiameranno a far parte del consiglio di gestione, non si vede in quale altro caso il predetto divieto di voto possa trovare applicazione. Inoltre, per la nomina assembleare dei sindaci non è dettata una regola simile a quella qui in esame, dato che non è previsto l'obbligo, che sarebbe stato opportuno sancire, di astensione dal voto per i soci amministratori, con riferimento all'ipotesi in cui i sindaci siano eletti dopo la loro nomina. Rispetto alla disciplina dettata per i sindaci non è prevista la figura del supplente, presente nello schema di d.lgs. del trenta

Settembre 2002, oggetto di critiche in ragione della sua pressoché nulla utilità visto che, se uno o più componenti viene a mancare nel corso dell'esercizio, l'assemblea deve provvedere a sostituirli senza indugio ai sensi dell'art. 2409-duodecies, c.c., infatti, in tal senso, nella formulazione originaria la sua funzione veniva ricondotta alla sostituzione dei componenti effettivi per i pochi giorni necessari per la convocazione dell'assemblea e la sostituzione dei componenti cessati dalla carica. Contrariamente però a quanto prevedeva il progetto Mirone art. 4, comma 6°, lettera d) e alla condizione n. 9-bis posta espressamente dal parere delle commissioni riunite Giustizia e Finanze nella seduta del 12 Dicembre 2002, il legislatore non ha previsto, così come per i sindaci e diversamente per le società quotate per le quali la Consob ne ritiene imprescindibile la presenza, la nomina di almeno un componente in rappresentanza degli azionisti di minoranza, motivando la scelta con la stessa argomentazione impiegata per i sindaci, incentrata sulla terzietà dell'organo di controllo. Tale soluzione, non è condivisibile trasposta tout court al consiglio di sorveglianza, dotato di rilevanti poteri e incombenze, anche sottratte all'assemblea, che ne fanno un organo di controllo sui generis. La previsione di un componente di minoranza ad opera dello statuto sarebbe auspicabile se non necessario soprattutto in quelle società di grandi dimensioni e che fanno ricorso al mercato dei capitali, al fine di ottimizzare l'efficienza funzionale del consiglio di sorveglianza e, del sistema dualistico. Contrariamente a quanto previsto nel modello tedesco non viene disposta la nomina di uno o più componenti dell'Aufsichtsrat da parte dei dipendenti, dando vita così al fenomeno germanico della cogestione, nemmeno nella più blanda forma facoltativa prevista nel sistema dualistico adottato in Francia per le conseil de surveillance, scelta che se da un lato può condividersi ritenendolo fenomeno troppo lontano ed estraneo al nostro modello di corporate governance, dall'altro, conduce, in realtà, in direzione opposta rispetto al profilato tentativo di uniformare moduli organizzativi omogenei in più ordinamenti europei. Il termine di durata in carica dei componenti dell'ufficio di sorveglianza è di tre esercizi e la scadenza del termine, che nello schema di decreto delegato del trenta Settembre era inspiegabilmente definito con riferimento "alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio del terzo esercizio della

carica” viene ora riferito “ *alla data della successiva assemblea prevista dal comma 2°, dell’art. 2364-bis, c.c.*” , parametrando in tal modo la durata in carica dei componenti dell’ufficio di sorveglianza al funzionamento dell’assemblea delle società con consiglio di sorveglianza. La previsione della rieleggibilità dei componenti del consiglio di sorveglianza può considerarsi una scelta piuttosto scontata, atteso che rieleggibili sono anche i componenti del consiglio di gestione, del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale. Considerando che il consiglio di sorveglianza rappresenta la risposta della riforma Vietti al problema della asserita insufficiente indipendenza del collegio sindacale, ci si sarebbe aspettato una differenziazione della disciplina sul punto, tra consiglio di sorveglianza e collegio sindacale. In tema di revoca a differenza di quanto previsto per il collegio sindacale, causa questa di una minore stabilità del consiglio di sorveglianza rispetto al collegio sindacale, dove i sindaci possono essere revocati solo per giusta causa, previa approvazione del tribunale, che deve sentire l’interessato (art. 2400, comma 2°, c.c.), il comma 5° del citato art. 2409-duodecies, c.c. stabilisce, con evidenti riflessi sull’indipendenza dei soggetti deputati a funzioni di controllo, che i consiglieri di sorveglianza, come i membri del consiglio di amministrazione nel sistema tradizionale, sono revocabili ad nutum e in qualunque tempo dall’assemblea, con le maggioranze qualificate previste dall’ultimo comma dell’art. 2393, c.c. per la rinuncia o la transazione dell’azione di responsabilità, almeno pari ad un quinto del capitale sociale, unico presidio offerto a tale previsione, senza alcun filtro giudiziario e senza che l’eventuale mancanza di giusta causa produca altro effetto se non l’obbligo di risarcire i danni. L’assunzione della carica può essere subordinata dallo statuto, salvo quanto previsto dalle leggi speciali in ordine all’esercizio di particolari attività (ad esempio quella bancaria), al possesso di particolari requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza, quest’ultima rafforzata dal richiamo dell’art. 2402, c.c. contenuto nell’art. 2409-quaterdecies, c.c.. Le cause di ineleggibilità e decadenza sono individuate dalla legge mediante un richiamo a quelle previste per i consiglieri di amministrazione nel sistema tradizionale, con l’aggiunta di due indispensabili elementi di indipendenza: il non essere consigliere del consiglio di gestione, e il non avere

rapporti di lavoro, autonomo o subordinato, di collaborazione e più in generale rapporti patrimoniali con la società idonei a compromettere l'indipendenza (art. 2409-duodecies, comma 10°, c.c.), richiamandosi in tal modo a quanto previsto per i sindaci nell'art. 2399, lett. C, c.c.). Lo statuto può, inoltre, come previsto dal comma undicesimo dell'art. 2409-duodecies, c.c., prevedere altre cause di ineleggibilità e decadenza, così come fissare cause di incompatibilità o limiti all'assunzione di altri incarichi, diversamente da quanto previsto per le società quotate, per le quali interviene l'art. 148 del Tuf, al fine di garantire un sufficiente apporto, anche in termini quantitativi, da parte del consigliere di sorveglianza. Per quanto concerne le cause di ineleggibilità e di decadenza, è singolare che l'art. 2409-duodecies , comma 10°, c.c. richiami solo alcune delle corrispondenti previsioni dettate dall'art. 2399, c.c. per i sindaci, e non quella che vieta di assumere la carica sindacale al coniuge, ai parenti ed agli affini entro il quarto grado degli amministratori della stessa società o di altre società a quella legata da rapporti di controllo. Se ne desume che, almeno stando alla lettera della legge, l'esistenza di tali rapporti di coniugio, parentela o affinità con uno dei componenti il consiglio di gestione della medesima società o con amministratori di società dello stesso gruppo, non sia di ostacolo all'assunzione della carica di consigliere di sorveglianza. L'idea è che questo modello possa essere adottato da società a proprietà concentrata e a base familiare. In questo senso, la successione avverrebbe in modo graduale, con il capo famiglia che passerebbe da un ruolo di azionista-imprenditore ad uno incentrato soprattutto sulla supervisione ed approvazione delle principali scelte strategiche dell'impresa e sul controllo della gestione. Aspetto, che si riflette negativamente sulla funzione di vigilanza nel sistema dualistico, soprattutto se si considerano le società quotate. Occorre chiedersi se sia accettabile che la funzione di controllo interno venga svolta da chi è parente dei gestori e dunque certamente non è indipendente rispetto a loro. Posto che la tutela deve riguardare le minoranze ed il mercato, affidare principalmente al padre o al fratello del gestore questa funzione sembra quantomeno azzardato, nonché incongrua e irragionevole. Infine, a differenza del presidente del consiglio di gestione, la cui nomina assembleare è prevista solo in quanto compatibile, anche se il richiamo appare non compatibile con il

disegno organizzativo alla base del sistema dualistico, dato che è poco plausibile che il legislatore abbia voluto lasciare alla competenza dell'assemblea proprio la nomina del presidente che, in virtù dei poteri che gli competono esercita un'influenza di non poco conto sui lavori dell'ufficio, il presidente del consiglio di sorveglianza è nominato dall'assemblea per espressa previsione di legge, diversamente da quanto previsto in Germania, dove è eletto dal consiglio stesso. Nella prassi delle società tedesche il presidente dell'Aufsichtsrat è spesso reclutato tra gli ex membri del Vorstand. Nel sistema dualistico italiano la determinazione dei poteri del presidente è completamente rimessa all'autonomia privata. Non molto dissimile è la situazione secondo il diritto tedesco, dove i poteri e i diritti attribuiti al presidente dalla legge non sono molti, tra questi, il potere di decisione in caso di parità di voti, secondo la legge sulla cogestione del 1976, e il diritto di essere informato dagli amministratori sugli eventi di maggior rilievo.

Le competenze del Consiglio di sorveglianza

Le competenze del consiglio di sorveglianza sono articolate, essendogli attribuiti compiti che nel sistema tradizionale spettano al consiglio di amministrazione, al collegio sindacale e all'assemblea dei soci. Il consiglio di sorveglianza acquista così, sotto il profilo strutturale, natura ibrida, una sorta di irrocervo a mezzo fra le regole dell'organo di controllo e dell'organo gestorio, ibridismo che darà risultati in parte sconcertanti. Ad esempio, per le riunioni e deliberazioni del consiglio vengono al contempo richiamati l'art. 2388, c.c., dettato per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, e l'art. 2404, c.c., escluso il solo comma 2°, sicuramente maggiormente compatibile, dettato per le riunioni e deliberazioni del collegio sindacale. Ai sensi dell'art. 2388, c.c., pertanto, il consiglio di sorveglianza è validamente costituito con la presenza della maggioranza dei consiglieri «in

carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti» ed è consentita anche la partecipazione mediante «mezzi di telecomunicazione» se lo statuto lo consente, il consiglio delibera con la «maggioranza assoluta dei presenti, salvo diversa disposizione dello statuto», è vietato il voto per rappresentanza. La norma richiamata detta poi una disciplina per l'impugnazione delle deliberazioni consiliari che già pone qualche problema nella trasposizione alle deliberazioni del consiglio di sorveglianza: quest'ultime certo saranno impugnabili dai sorveglianti assenti o dissenzienti; ma evidentemente non dal consiglio di gestione, paradosso questo che viene evidenziato per effetto del richiamo all'art. 2388 c.c., e probabilmente si dai singoli soci purché si tratti di deliberazioni lesive dei propri diritti. Ai sensi, poi, dell'art. 2404, commi 1° e 3°, c.c., il consiglio dovrà riunirsi almeno ogni novanta giorni e si dovrà redigere verbale da trascrivere nell'apposito libro e da sottoscrivere dagli intervenuti, ma soprattutto il comma 4° dispone che il collegio è regolarmente costituito «con la presenza della maggioranza dei sindaci» e che «delibera a maggioranza dei presenti» con il diritto del dissenziente di far iscrivere a verbale i motivi del proprio dissenso. Il punto di attrito fra l'art. 2388, c.c. e il comma 4° dell'art. 2404, c.c. sta in particolare nel quorum costitutivo, con effetti a cascata sul quorum deliberativo, che nel primo caso è identificato nella maggioranza dei consiglieri in carica, salvo un maggior quorum adottato per statuto, e che nel secondo caso richiama puramente e semplicemente la maggioranza dei sindaci, cioè dei componenti in astratto l'organo e senza prevedere una derogabilità statutaria del quorum. Prevarrà l'anima gestoria se ci si sofferma al dato strutturale, per cui non sono previsti supplenti, soprattutto per il richiamo ai consiglieri in carica, mentre, prevarrà l'anima vigilante se si guarda alla essenzialità della funzione di controllo e al valore sistematico dell'art. 223-septies disposizioni attuative dovrebbe prevalere la seconda soluzione. In ogni caso, resta fundamentalmente un organo di controllo, che ripete, tanto sul piano strutturale quanto sul piano funzionale, nonostante vi siano anche rilevanti differenze, il modello del collegio sindacale, accostamento di poteri, funzioni e responsabilità a quelli del collegio sindacale suggeriti dallo stesso legislatore della riforma negli artt. 2409-quaterdecies, comma 1°, c.c. e 223-septies, comma 1°, disposizioni

attuative. Ma veniamo alla competenza funzionale del consiglio di sorveglianza. Il nucleo fondamentale è costituito pur sempre dalle funzioni di controllo e vigilanza tipiche del collegio sindacale, infatti, come quest'ultimo, il consiglio di sorveglianza vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato e sul suo concreto funzionamento (art. 2409-terdecies, lett. C, c.c.) che richiama l'art. 2403, comma 1°, c.c.). La vigilanza può poi tradursi in varie iniziative come: il potere di denuncia al tribunale di gravi irregolarità a carico dei componenti del consiglio di gestione ex art. 2409, lett. E, c.c.), potere che non ha grossa rilevanza nel sistema dualistico considerato che, se portata ad consequentias, conduce alla revoca degli amministratori, ma che si rileva inutile per il consiglio di sorveglianza, atteso che questi ha il potere di revocare i membri del consiglio di gestione senza il bisogno di ricorrere a tale complessa procedura, nonché, la promozione dell'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione, lett. D). Al riguardo, si è lamentato l'effetto derivante dalla dipendenza organica tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione (il primo nomina i secondi), che rappresenterebbe una debolezza del sistema, tale da rendere inefficaci i rimedi contro gestori inefficienti. Vi sarebbe forte imbarazzo del CdS nell'attivare la procedura ex 2409, c.c. o l'azione di responsabilità contro soggetti che essi stessi hanno nominato: se la revoca è senza giusta causa potrebbe aversi il rischio di una azione di responsabilità per danni dei gestori anche nei loro confronti oltre che della società, mentre se vi è giusta causa, l'azione di responsabilità potrebbe estendersi al CdS per culpa in vigilanza o meglio culpa in eligendo. Sempre in materia di controllo, nel richiamare i poteri ed i doveri del collegio sindacale per il consiglio di sorveglianza ex art. 2403-bis., commi 2° e 3°, c.c., ma non anche il comma 1°, né i commi 4° e 5°, c.c., nonché artt. 2406, c.c., 2408, c.c., 2409-septies, c.c., richiami contenuto nell'art. 2409-quaterdecies, comma 1°, c.c., viene previsto che, il consiglio potrà chiedere collegialmente notizie al consiglio di gestione, con riguardo anche a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari e scambiare informazioni con i corrispondenti organi di controllo delle

controllate sui sistemi di amministrazione e controllo e sull'andamento generale dell'attività sociale, ma non potrà compiere individualmente atti di ispezione e di controllo né potrà avvalersi di dipendenti e ausiliari sotto la personale responsabilità e a spese dei componenti ex art. 2403-bis, commi 2° e 3°, c.c., ledendo, in tal modo, la potenziale efficacia della funzione di controllo che pure costituisce l'anello centrale delle articolate competenze attribuite al consiglio di sorveglianza. La circostanza che il CdS non abbia questo ed altri poteri, anche da esercitarsi individualmente, potrebbe condurre ad individuare in tale organo una sorta di "Polifemo disarmato". Nel contempo, ex artt. 2406, c.c. e 2408, c.c., sia nel caso di omissione o ingiustificato ritardo da parte degli amministratori, nonché nel caso di denuncia da parte dei soci di fatti censurabili dei consiglieri di gestione, con l'obbligo, nel caso, di indagare senza ritardo sui fatti denunciati, quando la denuncia è fatta da tanti soci che rappresentano un ventesimo del capitale sociale o un cinquantesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, sono tenuti a convocare l'assemblea. Ferma restando che la convocazione dell'assemblea risulta corretta e opportuna, nell'impostazione del sistema dualistico, risulta poco efficace nella maggior parte dei casi la sottoposizione di fatti e proposte all'assemblea affinché quest'ultima provveda, visto che la stessa risulta spogliata di molte sue attribuzioni, tra le quali la revoca degli amministratori e una, sia pur ipotetica, competenza autorizzatoria in materia gestoria. Inoltre, ex art. 2409-septies, c.c., il consiglio di sorveglianza potrà scambiare informazione con gli addetti al controllo contabile per l'espletamento dei suoi compiti. Ancora, in termini di vigilanza, il consiglio di sorveglianza ha l'obbligo, in forza dell'art. 2409-terdecies, lett. F), c.c., di riferire per iscritto almeno una volta all'anno all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta, sulle omissioni, da intendersi chiaramente imputabili al consiglio di gestione, e su fatti censurabili rilevati. Previsione, quest'ultima, che assume una valenza limitata nel sistema dualistico, dove l'assemblea, almeno nel modello dualistico puro, è stata privata delle competenze che le consentirebbero di prendere provvedimenti coerenti con quanto dovesse esserle riferito, basti pensare all'approvazione del bilancio o all'esercizio dell'azione di responsabilità, che sono ormai competenze del consiglio di sorveglianza, inoltre, se il significato precettivo che

poteva riconoscersi alla disposizione era proprio quello di riferire all'assemblea per metterla nella condizione di revocare i membri inerti del consiglio di sorveglianza, qualora tale inerzia configurasse una giusta causa, l'aver eliminato la giusta causa come condizione di efficacia della revoca ridimensiona molto l'utilità della previsione che il consiglio di sorveglianza riferisca all'assemblea. Di contro, la mancata previsione di specifici doveri di informazione dei componenti del consiglio di gestione in favore del consiglio di sorveglianza, così come non sono previsti doveri di informazione in favore dell'assemblea, che, può procedere a controlli o chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, evidenzia il rischio che, si verifichi in Italia lo stesso problema osservato in Germania, che il consiglio di sorveglianza riceva le informazioni fondamentali dal consiglio di amministrazione medesimo, cioè dallo stesso organo che dovrebbe controllare. Infine, sempre ai fini della vigilanza e controllo, è previsto l'obbligo per il consiglio di sorveglianza di partecipare alle assemblee che però diventa solo facoltà di assistere a quelle del consiglio di gestione e senza che ne consegua in caso di assenza l'automatica decadenza, sanzione quest'ultima che, dovendo stimolare l'attiva e vigile partecipazione dei controllanti all'attività della impresa, non viene prevista, contrariamente a quanto delineato per i sindaci, nemmeno qualora non intervengano all'assemblea cui hanno il dovere di partecipare. Alle funzioni di controllo sull'amministrazione si aggiungono altri due compiti, sottratti alle competenze dell'assemblea dei soci e ambedue fortemente criticabili. I due compiti sono: la nomina e la revoca dei componenti del consiglio di gestione e la determinazione del loro compenso, salvo lo statuto non riservi la relativa competenza all'assemblea, riserva sembra riguardare la sola fissazione del compenso pena lo snaturamento di una delle caratteristiche del modello; l'approvazione del bilancio di esercizio e dell'eventuale bilancio consolidato. Quest'ultimo, trattasi di competenza sottratta al consiglio di gestione, poiché com'è noto nel sistema tradizionale il bilancio consolidato non è approvato dall'assemblea e resta atto degli amministratori, benché destinato ad inserirsi quale corredo nel procedimento di formazione del bilancio di esercizio. Per quanto concerne l'approvazione del bilancio di esercizio, si

tratta di regola tratta dal diritto tedesco, in termini fortemente disomogenei rispetto alla tradizione italiana e probabilmente disallineati rispetto alla tradizione italiana rispetto alla struttura economico-istituzionale delle nostre società di capitali, e fondata sulla convinzione che, specialmente in spa di dimensioni rilevanti, quali saranno, probabilmente, quelle che adotteranno il più complesso sistema dualistico di amministrazione, la valutazione della correttezza del rendiconto contabile e la conseguente attribuzione, al progetto di bilancio redatto dai gestori, della qualifica di bilancio della società sia compito più adatto ad un organo societario dotato di competenze tecniche e di diretta conoscenza dei fatti gestionali, qual è il CdS, piuttosto che all'organo assembleare. Tale competenza di approvazione del bilancio è stata criticata, alla luce della considerazione che il consiglio di sorveglianza è privo di qualsiasi attribuzione, sia pure solo di alta direzione, o di indirizzo strategico, in materia gestoria - al contrario di quanto avviene in Germania e di quanto previsto nel progetto Mirone nonché nella disciplina della Se, articolo 47 – non potendo dunque impartire alcuna direttiva al consiglio di gestione, così come, nessuna direttiva può essere impartita dall'assemblea che si limita a nominare e revocare i sorveglianti, fissare il compenso e deliberare l'azione di responsabilità nei confronti di questi, oltre a deliberare sulla distribuzione degli utili (art. 2364-bis, c.c.), recependo semplicemente i risultati approvati con il bilancio di esercizio dal consiglio di sorveglianza, ergo, non è ipotizzabile quella residua competenza autorizzatoria in materia di atti di amministrazione che lo statuto può prevedere in capo all'assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza ex art. 2364, comma 5°, c.c., e che invece, nel sistema dualistico non viene riconosciuto, né in capo all'assemblea dei soci, né in capo al consiglio di sorveglianza. La lacuna è stata solo parzialmente colmata con il testo definitivo, essendo stato demandato alla sola autonomia statutaria di prevedere «che in caso di mancata approvazione del bilancio o qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza la competenza per l'approvazione del bilancio d'esercizio sia attribuita all'assemblea» ex art. 2409-terdecies, comma 2°, c.c.. Ma veniamo ai problemi che pone lo spostamento di competenza dall'assemblea al consiglio di sorveglianza. In primo luogo

quello che sorge nel caso in cui il consiglio di sorveglianza rifiuti di approvare il progetto di bilancio presentato dal consiglio di gestione. L'art. 2409-terdecies, comma 2°, c.c., consente una soluzione statutaria del problema: lo Statuto può prevedere che in caso di mancata approvazione da parte del consiglio di sorveglianza la competenza per l'approvazione spetti all'assemblea. Si tratta di soluzione analoga a quella prevista ex lege dal § 173 AktG tedesco, e ragionevole: nel dissenso tra due organi, l'uno nominato dall'assemblea e l'altro nominato dal primo, quindi in ultima analisi sempre facente riferimento, sia pur indiretto, ad una scelta dell'assemblea, la funzione di arbitro non può che essere affidata all'assemblea, espressione dell'intero azionariato. Inoltre, lo stesso comma 2° dell'art. 2409-terdecies, c.c. consente allo Statuto di attribuire all'assemblea la competenza per l'approvazione del bilancio anche "qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti dal consiglio di gestione o dal consiglio di sorveglianza". Rimane irrisolto il problema che si porrà qualora lo statuto non preveda né l'intervento dell'assemblea in caso di dissenso tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza, né che la decisione dell'assemblea possa essere chiesta da un terzo dei componenti dell'uno o dell'altro organo. La soluzione si troverà, allora, solo in via di fatto: il consiglio di gestione sarà costretto a rifare il progetto di bilancio come vuole il consiglio di sorveglianza, se vuol vedere approvato il bilancio della società, condizione necessaria perché questo possa essere depositato presso il registro delle imprese e svolgere le funzioni proprie del bilancio della società, se proprio ritenga che le pretese del consiglio di sorveglianza siano ingiustificate, o illegali, non potrà far altro che rifiutare ogni modifica al progetto, rischiando la revoca ma rendendo così palese, all'azionariato, il conflitto interorganico. Il problema più grave è, tuttavia, un altro: quello dell'impugnabilità dell'approvazione del bilancio ad opera del CdS. L'art. 2409-quaterdecies, da un lato, comma 1°, c.c., dichiara applicabile alle delibere del consiglio di sorveglianza, in quanto compatibile, l'art. 2388, c.c. relativo all'impugnabilità delle deliberazioni del consiglio non prese in conformità della legge o dello Statuto, da parte dei consiglieri assenti o dissenzienti, con applicazione della disciplina dell'annullamento contenuta nell'art. 2378, c.c., d'altro lato, comma secondo, stabilisce che alla delibera del consiglio di sorveglianza che approva il bilancio d'esercizio si applica l'art.

2434-bis, c.c. ed essa può venire impugnata anche dai soci assenti, dissenzienti e astenuti titolari del cinque per cento del capitale o dell'uno per cento se le spa fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ai sensi dell'art. 2377, c.c.. Ne risulta una disciplina confusa e forse penalizzante per i soci e per i terzi in caso di spa con sistema amministrativo dualistico. Il richiamato art. 2434-bis, c.c. da un lato si riferisce esplicitamente alle azioni previste dagli artt. 2377, c.c. e 2379, c.c., quindi non solo all'azione di annullamento ma anche a quella di nullità, dall'altro pone un termine di decadenza alle azioni per far dichiarare l'invalidità dell'approvazione assembleare del bilancio, termine coincidente con l'avvenuta approvazione del bilancio dell'esercizio successivo, termine che ha senso proprio solo per l'azione di nullità, essendo pressoché impensabile che alla data di approvazione del bilancio successivo non siano già scaduti i tre mesi concessi per l'impugnazione, annullamento, dell'approvazione del bilancio precedente. Parrebbe, quindi, che il richiamo all'art. 2434-bis, c.c. comporti implicito ma sicuro riconoscimento che nei confronti della delibera del consiglio di sorveglianza di approvazione del bilancio sia esperibile l'azione di nullità. Viceversa, l'art. 2409-quaterdecies, comma 2°, c.c., soggiunge che la delibera di approvazione del bilancio ad opera del consiglio di sorveglianza può essere impugnata anche dai soci, il che pare avere il significato di estendere ai soci la legittimazione all'impugnazione già prevista, per le delibere consiliari, dall'art. 2388, c.c., ma questa è, legittimazione solo ad un'azione di annullamento, non anche all'azione di nullità, e soggiunge ancora ai sensi dell'art. 2377, c.c., cioè ai sensi della norma sull'annullabilità, non sulla nullità. Il fatto che la legge attribuisce al consiglio di sorveglianza alcune importanti competenze che nel sistema tradizionale spettano all'assemblea ordinaria (nomina e revoca dei gestori e determinazione del loro compenso, delibera dell'azione di responsabilità nei loro confronti, approvazione del bilancio) ha fatto sorgere il problema se, per le materie che l'art. 2364-bis, c.c. non elenca tra quelle espressamente attribuite all'assemblea ordinaria nel sistema dualistico, la competenza sia rimasta all'assemblea o sia passata al consiglio di sorveglianza. La Relazione al decreto pare orientata nel secondo senso: essa afferma (§ 6, I) che al consiglio di sorveglianza sono attribuite "larga parte delle funzioni dell'assemblea

ordinaria", ed addirittura che "si tratta di un sistema in cui alla proprietà spetta solo stabilire le linee del programma economico della società (oggetto sociale) e le modifiche della struttura della società (operazioni sul capitale, fusione e, più in generale, delibere dell'assemblea straordinaria), oltre alla nomina del consiglio di sorveglianza". Per quanto concerne la responsabilità del consiglio di sorveglianza, si prevede, mutuando quanto disposto tradizionalmente per i sindaci che " i componenti del comitato di sorveglianza devono adempiere i loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Sono responsabili solidalmente con i componenti del consiglio di gestione per i fatti o le omissioni di questi quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica" ex art. 2409-terdecies, comma 3°, c.c.. Singolare, il fatto che l'art. 2409-terdecies comma 3°, c.c., ometta ogni richiamo alle disposizioni contenute nell'art. 2407, c.c., che invece compariva nello schema del 30 Settembre 2002, e di riflesso, alla disciplina delle diverse possibili azioni di responsabilità contemplate per gli amministratori dagli artt. 2393, c.c., 2393-bis, c.c., 2394, c.c., 2394-bis, c.c. e 2395, c.c.. Fermo restando che la deliberazione di esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei consiglieri di sorveglianza compete all'assemblea ordinaria ex art. 2364-bis, n. 3, c.c., ciò potrebbe far dubitare che anche le altre disposizioni, da ultimo citate, siano applicabili in questo caso. Viene tuttavia in soccorso la norma di salvaguardia del sistema contenuta nel citato art. 223-septies delle norme di attuazione, il quale, prevede che "*Se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monista*". Grazie a tale escamotage interpretativo, si può dunque ritenere applicabile la disciplina dell'azione di responsabilità nelle diverse tipologie già dettate anche per i sindaci, di cui agli artt. 2393, c.c., 2393-bis, c.c., 2394, c.c., 2394-bis, c.c. e 2395, c.c.. In ultimo, eliminando il dubbio, derivante da una infelice formulazione dello schema di d.lgs., si prevede ora, espressamente,

che il controllo contabile, a differenza del collegio sindacale, non venga esercitato dal consiglio di sorveglianza, ma venga esercitato da un revisore esterno, persona fisica o società di revisione, con il quale il consiglio di sorveglianza scambia tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti ex art. 2409-septies, c.c., secondo la disposizione di cui all'art. 2409-bis, commi 2° e 3°, che esercita le stesse funzioni di controllo contabile previste dall'art. 2409-ter, c.c., e con gli stessi requisiti, condizioni, e responsabilità dettati dagli artt. 2409-quater, quinquies e sexies, c.c., per il controllo contabile del sistema tradizionale e richiamati per il sistema dualista dall'art. 2409-quinquiesdecies, c.c..

Il sistema Monistico

Il sistema monistico caratterizzato dalla presenza di un consiglio di amministrazione, a cui spetta in via esclusiva la gestione dell'impresa, e un comitato di controllo sulla gestione, costituito all'interno del consiglio di amministrazione, differisce dal sistema tradizionale perché non è prevista la possibilità di affidare l'amministrazione ad un amministratore unico, nella necessità che almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione abbia i requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci, e nell'eliminazione del collegio sindacale. In pratica, quindi, il controllo viene svolto dagli interna corporis dello stesso consiglio di amministrazione, con la peculiarità che i componenti dell'organo di controllo devono trovarsi in situazione di indipendenza rispetto agli altri membri del consiglio di amministrazione ed essere in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità stabiliti dallo statuto. Il modello monistico, la cui adozione è peraltro prevista dalla Società europea, è stato mutuato, anche dal legislatore comunitario, dall'ordinamento inglese in cui la gestione delle Spa ad azionariato diffuso è affidata al management, che assume da solo le principali decisioni operative, mentre le funzioni di controllo sono in parte esercitate dal

c.d.a., che opera come un monitoring board, a cui competono funzioni di orientamento strategico e di sorveglianza sull'operato del management per conto degli azionisti ed in parte ad un organo del consiglio, audit committee, composto da amministratori indipendenti e che ha propriamente funzioni di controllo esterno e di vigilanza sui revisori, da qui l'esclusione del collegio sindacale. Non rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento, in quanto ha un precedente significativo nel modello di *corporate governance* delineato nel codice di autoregolamentazione delle società quotate, cosiddetto codice Preda, che già aveva prefigurato l'istituzione del comitato di controllo, in seno al consiglio di amministrazione, sulla falsariga di quanto accade nei paesi anglosassoni. Le società quotate che spontaneamente si sono adeguate al codice Preda, ed hanno quindi già istituito detto comitato di controllo, hanno però dovuto finora contemplare nel proprio statuto anche il tradizionale collegio sindacale, essendo a ciò vincolate dal codice civile e dal TUF. Del collegio sindacale, una volta entrata in vigore la riforma, esse faranno invece del tutto a meno, perché la scelta di adottare il suaccennato sistema monistico di amministrazione e controllo è concepita ora come alternativa all'istituzione dell'organo sindacale. Si realizzerà così certamente un risparmio di costi per l'impresa. Si tratta di un sistema amministrativo, che se dal punto di vista strutturale, presenta il vantaggio della maggiore semplicità rispetto al sistema dualistico ed allo stesso sistema tradizionale dei paesi latini, dal punto di vista funzionale presenta aspetti di ambiguità. E' vero, come dice la Relazione, che in astratto la disciplina "non determina un minor rigore dell'attività di controllo, poiché la professionalità, l'indipendenza, i doveri e i poteri del comitato coincidono con quelli del collegio sindacale, e possono anzi essere integrati da codici di comportamento", ma è altrettanto vero che, in concreto, i componenti del comitato sono chiamati a controllare una gestione alla quale anch'essi, quali membri del consiglio di amministrazione, hanno preso parte, sia pur non in veste operativa, e di cui sono pertanto responsabili. Il pericolo di connivenze, o di edulcorazione dei giudizi risultanti dal controllo, pare piuttosto evidente. Secondo una parte della dottrina, il modello non si adatta alla nostra realtà societaria, in cui si è venuta sviluppando la specifica funzione di " controllo interno " volta a garantire gli stessi

amministratori nei confronti del management, con funzione prossima a quella gestoria che a quella sindacale, alla quale, invece, la riforma riconduce la riforma. In ultimo bisogna evidenziare che, questo sistema, sebbene privilegiando la circolazione delle informazioni tra l'organo amministrativo e l'organo deputato al controllo, comporti dei risparmi di tempo e di costi e una elevata trasparenza tra gli organi di amministrazione e di controllo, presenta delle criticità che non possono essere sottaciute. In primo luogo, a differenza dell'impostazione seguita dalla Legge Draghi, la nuova disciplina del controllo interno non prevede quel principio di tutela delle minoranze secondo cui lo statuto deve consentire alle minoranze la nomina di, almeno, un componente del collegio sindacale, anche se, nessuno può ignorare la scarsa valenza pratica di questa disposizione, considerato che gli statuti delle società quotate, nell'attuare formalmente la disposizione mediante la previsione del voto di lista, fissano una soglia minima di possesso azionario per l'ammissione alla presentazione della lista, talmente alta da vanificare nei fatti gli intenti della legge Draghi, tutela che, viene ad essere garantita con la previsione di requisiti di indipendenza, il cui possesso è richiesto a tutti i soggetti preposti alla vigilanza a prescindere dal modello di amministrazione e controllo per cui abbia optato lo statuto. Nel sistema monistico ci si è spinti oltre, stabilendo che almeno un terzo dei consiglieri di amministrazione deve essere indipendente, con un rigore che rischia di rendere il modello meno appetibile agli occhi degli operatori; e ciò sebbene tale sistema sembrasse, in base al tenore della legge delega, avere maggiore probabilità di venire prescelto, specie nelle società di grandi dimensioni, rispetto al sistema dualistico, vuoi per la maggiore snellezza e praticità rispetto a quest'ultimo, vuoi, soprattutto per la minore lontananza rispetto al modello tradizionale, soprattutto, se si tenesse conto di quella che è la realtà italiana a prevalente controllo familiare, nella quale il consiglio di amministrazione tipicamente riflette i rapporti interni ai gruppi familiari. In questo caso, il rischio che tale norma inibisca l'adozione del nuovo sistema monistico è alto. Quindi è possibile concludere che il modello monistico risulta obiettivamente portatore di una minore trasparenza e tutela per gli azionisti e i terzi rispetto a quello tradizionale e anche rispetto a quello dualistico.

Il Consiglio di amministrazione

Il sistema monistico, come anticipato, sempre rimesso alla scelta statutaria, è basato sul consiglio di amministrazione a cui spetta esclusivamente la gestione dell'impresa - adottando in tal senso, una terminologia analoga a quella utilizzata ex art. 2380-bis, comma 1°, c.c., con riferimento al consiglio di amministrazione tradizionale, nonché ex art. 2409-novies, c.c. con riguardo al consiglio di gestione del sistema dualistico – regolato, per effetto dei richiami operati dall'art. 2409-novisdecies, c.c., dalle norme relative al consiglio nel sistema tradizionale, in quanto compatibili, fatte salve alcune peculiarità funzionali ad assicurare la efficacia dei controlli interni pur in assenza di un organo separato dal consiglio stesso, e da un comitato per il controllo sulla gestione che esercita, appunto, il controllo sulla gestione ex artt. 2409-sexiesdecies, c.c. e septiesdecies, comma 1°, c.c.. La prima di queste peculiarità è che non è possibile creare un organo di gestione unipersonale, in quanto, per rendere possibile l'esercizio delle funzioni di controllo all'interno dell'organo di gestione è indispensabile che questo sia sempre un organo separato dal consiglio stesso. In secondo luogo è previsto che almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione debba avere i requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci, quali cause di ineleggibilità e di decadenza ex art. 2399, comma 1°, c.c., requisiti che, possono essere rafforzati, per previsione statutaria, mediante il richiamo a codici di comportamento redatti da associazioni di categoria, come quello redatto dai consigli nazionali dei dottori commercialisti e dei ragionieri per il collegio sindacale, o da società di gestione di mercati regolamentati, come il codice di autodisciplina per le società quotate, ex art. 2409-septisdecies, comma 2°, c.c.. Gli amministratori indipendenti, fra i quali sono scelti i componenti del comitato per il controllo sulla gestione, ma che non coincidono con essi, costituiscono, nell'ambito della funzione gestionale del consiglio di amministrazione, un elemento di ponderazione rispetto alla volontà della maggioranza dei consiglieri, i quali, non essendo indipendenti, sono normalmente molto vicini alla maggioranza dei soci. La previsione che la metà dei

componenti fossero indipendenti nella formulazione originaria dello schema di decreto legislativo è stata ridotta ad un terzo nel testo licenziato, accogliendo, in tal caso, la considerazione ventilata da Assosime nell'audizione del 7 Novembre 2002, secondo la quale, nella realtà italiana a prevalente controllo familiare vi sarebbe stato il rischio che tale previsione avesse inibito l'audizione del modello monistico, visto che il requisito di indipendenza è stabilito per tutti i componenti del comitato per il controllo. In riguardo all'indipendenza, vero punto nodale e dolente del sistema monistico, non si può sottacere sul fatto che, generalmente, gli amministratori indipendenti sono individuati nel codice di autodisciplina delle società quotate, cui l'art. 2409-septedecies, c.c. consente il rinvio, in coloro che non intrattengono, direttamente o indirettamente, né hanno recentemente intrattenuto, relazioni economiche con la società, le sue controllate, con amministratori esecutivi o con l'azionista o gli azionisti di controllo, di rilevanza tale da condizionare l'autonomia di giudizio; non sono titolari di partecipazioni azionarie, né partecipanti a patti parasociali, da permettere il controllo o un'influenza notevole; non sono stretti familiari di amministratori esecutivi o dei soggetti che si trovino nelle condizioni di cui sopra (codice di autodisciplina, Luglio 2002, principio 3.1). Sempre in materia d'indipendenza, ci si può chiedere cosa succeda nel caso venga meno, per qualsiasi motivo, il requisito di indipendenza di uno degli amministratori che compongono il consiglio di amministrazione. Secondo una parte della dottrina la risposta potrebbe essere diversa a seconda delle ipotesi prese in considerazione, cioè, l'ipotesi in cui il numero degli amministratori indipendenti presenti in consiglio sia superiore al numero legale e, quindi, l'eventuale emersione in capo ad uno dei membri, di una delle situazioni di mancanza di indipendenza non determini il venir meno del numero minimo di amministratori indipendenti in seno al consiglio, dall'ipotesi in cui, invece, in virtù del predetto evento, il numero legale minimo di amministratori indipendenti venga meno. Nel primo caso, non venendo meno il numero minimo legale di amministratori indipendenti, quindi, rimanendo il consiglio di amministrazione in composizione regolare, il membro non sarebbe soggetto a decadenza alcuna e potrebbe restare in consiglio quale membro non indipendente. Nel secondo caso,

venendo meno il numero minimo di amministratori indipendenti, la decadenza da membro del consiglio appare più probabile, visto che il consiglio verrebbe a trovarsi in composizione non conforme alla legge, ovvero allo statuto. Di qui la necessità del consiglio di ricorrere, senza indugio, alla cooptazione ai sensi dell'art. 2386, c.c.. Il motivo di tale tempestivo intervento da parte del consiglio scaturisce dal fatto che, le deliberazioni di un consiglio in composizione irregolare, per violazione dell'art. 2409-septiesdecies, comma 2°, c.c., ben difficilmente si potrebbero sottrarre al rischio di impugnazione ex art. 2388, c.c., da parte degli amministratori assenti o dissenzienti, ovvero dal medesimo comitato per il controllo, così come richiamato dall'art. 2409-noviesdecies, comma 1°, c.c., con quel che ne deriva. Peraltro, si può notare che tale norma sembra limitare la sua portata all'ipotesi del venire meno di un solo componente il consiglio di gestione, o del comitato, senza alcun coinvolgimento dell'assemblea dei soci, avendo, in tal caso, portata definitiva, nei limiti del mandato degli amministratori. Di contro, invece, è richiesto il coinvolgimento dell'assemblea dei soci, se il problema riguardasse più di un membro del comitato o, se in consiglio non vi fosse alcuna persona in possesso di tutti i necessari requisiti per essere membro del comitato. In materia di rinvio, al consiglio di amministrazione, si applicano, in quanto compatibili tutte le norme dettate per gli amministratori di cui gli artt. 2380-bis, c.c.-2395, c.c., che non sembra pongano problemi rilevanti di coordinamento: così, per quanto concerne i compiti del consiglio di amministrazione e degli organi delegati art. 2380-bis, c.c., la disciplina relativa al presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati art. 2381, c.c., la loro nomina e la revoca art. 2383, c.c., i poteri di rappresentanza art. 2384, c.c., le cause di ineleggibilità e di decadenza art. 2382, c.c., la cessazione degli amministratori art. 2385, c.c., la sostituzione degli amministratori art. 2386, c.c., i requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza art. 2387, c.c. con l'ulteriore aggiunta e limitazione relativa ai requisiti di indipendenza fissata per i sindaci che devono possedere almeno un terzo dei componenti; per quanto concerne gli aspetti organizzativi, i quorum per la validità delle delibere consiliari e il relativo regime delle impugnazioni art. 2388, c.c., la disciplina sul compenso art. 2389, c.c., il divieto di concorrenza art. 2390 c.c., la disciplina sugli interessi

degli amministratori art. 2391 c.c.; infine per quanto concerne la responsabilità e le relative azioni, sociali della società e dei soci, dei creditori sociali e dei singoli soci o dei terzi artt. 2392, c.c.-2395, c.c..

Il comitato per il controllo sulla gestione

Il vero elemento di novità, dirompente, nel sistema monistico, riguarda la funzione di controllo che, è affidata agli interna corporis dello stesso consiglio di amministrazione, che costituisce, al proprio interno, un comitato per il controllo sulla gestione ex art. 2409-sexiesdecies, c.c., composto da un numero di membri fissato dallo stesso consiglio, salva diversa disposizione dello statuto, e che per le società che fanno ricorso al mercato dei capitali, non può essere inferiore a tre, e caratterizzato dalla esclusiva presenza di amministratori indipendenti, non esecutivi ed in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità previsti dallo statuto. Questa struttura è certamente singolare, almeno a fronte delle tradizioni giuridiche nazionali, secondo le quali non è immaginabile che l'organo controllato, sia pure solo formalmente, dato che la nomina spetta sostanzialmente all'assemblea, scelga con elezioni di secondo grado i propri controllori. Allo statuto può essere affidata sia la determinazione del numero sia la determinazione dell'organo competente a nominare i componenti del comitato, che normalmente e in mancanza di diversa previsione statutaria spetta al consiglio di amministrazione. Se la nomina viene attribuita all'assemblea dei soci, questa provvede, in tal caso, ad eleggere tutti i componenti del consiglio di amministrazione, compresi quelli forniti degli speciali requisiti di onorabilità e professionalità, idonei a far parte del comitato di controllo ed al tempo stesso può indicare, quelli destinati a comporre il comitato di controllo. Questa modifica, apportata in sede di approvazione del testo definitivo del decreto delegato, introduce una più accentuata dialettica fra compagine sociale e amministratori vigilanti. Questa opzione, eventualmente con quelle di fissare maggioranza qualificate o attribuire l'elezione di uno o più

amministratori indipendenti a specifiche categorie di azionisti, potrebbe attenuare la “dipendenza” del comitato dall’intero CdA, soprattutto sul piano strutturale. Il comitato funziona con l’osservanza delle regole dettate per il funzionamento del collegio sindacale, con esclusione di quelle che prescrivono la decadenza del sindaco che non partecipi alle riunioni dell’assemblea e del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo. Questa decadenza viene esclusa perché, essendo il membro del comitato anche componente del consiglio di amministrazione, la sua assenza dall’assemblea e dal consiglio di amministrazione non può essere sanzionata, così come non è sanzionata in generale l’assenza dalle assemblee e dal consiglio suddetti dei componenti di quest’ultimo. Quanto ai requisiti di qualificazione, professionalità e indipendenza dei componenti del comitato, non è previsto alcuno specifico requisito di legge di professionalità, salva la necessità che almeno uno di loro sia revisore dei conti ex art. 2409-septiesdecies, comma 3°, c.c., mentre tutti devono essere amministratori in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità eventualmente stabiliti dallo statuto e dei requisiti di indipendenza già disposti dall’art. 2409-septiesdecies, c.c., e non devono cioè essere “esecutivi”, cioè non devono essere membri del comitato esecutivo né titolari di deleghe o cariche e non devono svolgere, neanche di fatto, funzioni gestorie della società, di società controllanti o controllate ex art. 2409-octiesdecies, comma 2°, c.c.. La previsione che tutti i componenti del comitato debbono essere amministratori indipendenti è stato oggetto di critiche in dottrina per contrasto con il criterio indicato nella legge delega, in cui si disponeva che esso dovesse essere costituito «in maggioranza» da amministratori indipendenti. Il legislatore delegato ha, invece, disposto che il comitato sia interamente costituito da amministratori indipendenti, ritenendo probabilmente di avere in tal modo più efficacemente rispettato la volontà del delegante. In tal senso non sembra che il criterio di delega sia stato osservato, dato che la prevista presenza nel comitato degli amministratori indipendenti, in maggioranza rispetto al totale dei suoi membri, preludeva, alla presenza in esso anche di elementi esterni al consiglio di amministrazione, sia pure in minoranza, che avrebbero potuto assicurare una adeguata ed efficace dialettica in seno alla funzione di controllo, possibilità che sembrava confermata

anche dalla disposizione, contenuta nella legge delega, che al comitato venissero assicurati adeguati poteri di informazione e di ispezione, previsione inutile e illogica nel caso tutti i componenti fossero amministratori, dotati comunque di tali poteri in re ipsa in quanto membri del consiglio di amministrazione. In definitiva, quale che sia stata l'intenzione del legislatore, e presubilmente era nel senso di rispettare più efficacemente la stessa volontà del delegante, non vi è dubbio che, allo stato, non possono venire nominati componenti del comitato per il controllo sulla gestione soggetti che non siano anche membri del consiglio di amministrazione, salva l'ipotesi, del tutto eccezionale, che a seguito della morte, rinuncia, revoca o decadenza di un componente non sia stato possibile sostituirlo senza indugio scegliendolo tra gli amministratori, dovendo allora nominare persona esterna purché provvista dei requisiti richiesti. Inoltre, è previsto che gli amministratori vigilanti, cioè quelli che entrano a far parte del comitato per il controllo sulla gestione non siano esecutivi. Quest'ultima disposizione ha invero qualche margine di ambiguità. Posto, infatti, che l'art. 2381, comma 2°, c.c., richiamato dal comma 1°, dell'art. 2409-novesdecies, c.c., consente ma certo non impone la nomina di un comitato esecutivo o il conferimento di deleghe ad uno o più componenti del consiglio di amministrazione, si potrebbe esser tentati di sostenere che, in difetto di amministratori delegati o di comitato esecutivo, qualsiasi componente del consiglio di amministrazione, purché in possesso dei medesimi requisiti d'indipendenza prescritti per i sindaci, possa entrare a far parte del comitato di controllo, soluzione inammissibile, che esalterebbe oltre ogni ragionevole limite la commistione tra funzioni gestorie e funzioni di vigilanza. Pertanto, per restare fedeli alla *ratio* della norma che richiede ai componenti del comitato di controllo la doppia caratteristica di essere indipendenti e di non essere esecutivi, sia giocoforza ritenere che, in caso di scelta del sistema monistico, la società sia tenuta e non solo facoltizzata, a distinguere nell'ambito del proprio organo amministrativo tra amministratori esecutivi (amministratori delegati, componenti il comitato esecutivo o destinatari di altri specifici incarichi) ed amministratori non esecutivi, tra i quali ultimi soltanto, se in possesso anche dei necessari requisiti d'indipendenza, potranno essere designati i componenti il comitato di controllo. Difficile è

inoltre coordinare questa norma con il rinvio indiretto all'art. 2399, c.c. che tra l'altro detta, alla lettera b), condizioni di indipendenza *rispetto* agli amministratori. Si potrebbe combinare la lettura delle due norme sostenendo che non può essere membro del comitato per il controllo sulla gestione: un amministratore delegato o esecutivo o che svolga funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale (o di società che la controllano o ne sono controllate); il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori così come ora individuati, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, dalle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo. Questione non del tutto indifferente è se i vincoli con riferimento ai rapporti di parentela valgano anche rispetto agli amministratori non esecutivi, ancorché non indipendenti che dovessero sedere in consiglio, ad esempio il consulente legale che siede in consiglio. Ci si chiede se possa essere considerato amministratore indipendente un soggetto che non rivesta la carica di amministratore delegato, né abbia rapporti di parentela con lui, ma sia fratello del consulente legale di fiducia della società. Negli Stati Uniti, questa ipotesi viene presa in considerazione esplicitamente e si esclude che in tal caso possa parlarsi di indipendenza. Una interpretazione rigorosa della norma in commento, che fa riferimento a rapporti di affinità con gli amministratori, dovrebbe condurre al medesimo risultato, e alla stessa conclusione dovrebbe portare una interpretazione sistematica, in quanto, ai potenziali membri del comitato per il controllo sulla gestione si applica, per rinvio, l'art. 2399, c.c.. Di conseguenza, un amministratore non verrebbe considerato indipendente se avesse un rapporto di parentela o affinità con un amministratore, anche non esecutivo, di una società controllata, e a maggior ragione, allora, non può essere legato da relazioni parentali con gli amministratori della società, siano essi o meno esecutivi. Anche per il comitato, come per il consiglio di sorveglianza, non si fa luogo alla nomina di supplenti e in caso di morte, rinuncia revoca o decadenza il consiglio di amministrazione provvede senza indugio a sostituire il membro venuto meno scegliendolo tra gli altri amministratori in possesso dei requisiti previsti, e se ciò non è possibile provvede ai sensi dell'art. 2386, c.c., cioè mediante il metodo della cooptazione, con non pochi problemi di

coordinamento nell'applicazione della disciplina, limitatamente ad un solo membro del comitato dal momento che, il procedimento di sostituzione interna al consiglio non sembra utilizzabile in relazione a vicende riguardanti due o più membri del comitato, nel qual caso il consiglio dovrà comunque attivare la procedura ex art. 2386, c.c., con connesso coinvolgimento dell'assemblea dei soci. Per valutare le possibili problematiche interazioni tra i vari organi, si consideri per semplicità la decadenza di un membro a causa del venir meno dello specifico requisito della professionalità in un consiglio di amministrazione formato da nove membri, ed un comitato per il controllo di tre membri. In questo caso, se in consiglio di amministrazione vi è un altro componente in possesso dello specifico requisito per essere membro del comitato, il consiglio provvede alla sostituzione ai sensi dell'art. 2409-octiesdecies, comma 4°, prima parte, c.c., ed il componente decaduto retrocede a consigliere semplice, visto che non è necessario, in tal caso, uno specifico requisito di professionalità. Si tratta, di una soluzione, che nei limiti temporali del mandato del consiglio sembra assumere carattere di definitività, dal momento che non è necessario il passaggio assembleare. Se in consiglio non vi fosse altro membro provvisto di tale requisito di professionalità per essere membro del comitato, non potendo attivare il meccanismo di sostituzione interna al consiglio, il componente decaduto non può retrocedere a consigliere semplice dato che sarà necessario prendere all'esterno del consiglio un nuovo componente che abbia tale requisito per essere membro del comitato, e il numero dei consiglieri di amministrazione sia pari a nove. Quindi, il membro, nel caso, decade sia da membro del comitato che da componente del consiglio, al fine di garantire la regolare ricostituzione, in conformità della legge ex art. 2386, c.c., sia del comitato, in termini quantitativi e qualitativi, sia del consiglio di amministrazione, quantitativamente, decadenza a cascata che va a garantire la piena funzionalità di entrambi gli organi. Se si prendesse in considerazione la possibilità che venga meno un altro requisito, e cioè quello di indipendenza, che appare più problematico, perché è l'unico che opera a due livelli, e cioè tanto nel consiglio ex art. 2409-septiesdecies, comma 2°, c.c., quanto al comitato per il controllo ex art. 2409-octiesdecies, c.c., la perdita di tale requisito comporterà, se nel consiglio non vi siano altri membri in

possesso di tale requisito, la contemporanea decadenza sia dal comitato, che dal consiglio di amministrazione. Nel caso delle altre ipotesi: in caso di morte di un membro del comitato, il consiglio potrà attivare la procedura di sostituzione interna, se vi è altro consigliere in possesso degli stessi requisiti del defunto, ma dovrà, comunque, rivolgersi all'esterno ex art. 2386, c.c. per reintegrare la compagine consiliare; in caso di rinuncia, il soggetto potrebbe rinunciare integralmente alla sua posizione di membro del consiglio di amministrazione quanto, subordinatamente all'esistenza di determinate condizioni, rinunciare solo all'incarico di componente del comitato e decidere di rimanere come semplice consigliere di amministrazione, nel primo caso vale lo stesso procedimento visto in caso di morte, nel secondo quello relativo alla decadenza legata al venir meno del requisito della professionalità. Sotto il profilo organizzativo il comitato elegge a maggioranza assoluta dei suoi membri il presidente ex art. 2409-octiesdecies, comma 5°, lett. A), c.c., come al collegio sindacale, deve riunirsi almeno ogni novanta giorni, anche utilizzando mezzi telematici se lo statuto lo consente, è regolato dalle norme che disciplinano il collegio sindacale in tema di assistenza alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo ex art. 2405, c.c. richiamato dall'ultimo comma dell'art. 2409-octiesdecies, c.c., sarà regolarmente costituito con la presenza della maggioranza dei componenti e delibererà a maggioranza assoluta dei presenti, con verbalizzazione delle riunioni in apposito libro sottoscritta dagli interventi e facoltà del dissenziente di far iscrivere a verbale i motivi del proprio dissenso ex art. 2404, commi 1°, 3° e 4°, richiamato dall'art. 2409-octiesdecies, ultimo comma, c.c.. Inoltre, come al collegio sindacale, anche al comitato per il controllo sulla gestione ogni socio può denunciare i fatti che ritiene censurabili con il conseguente obbligo di indagare, se presentata da una percentuale qualificata, un ventesimo del capitale sociale o un cinquantesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, e presentare le sue conclusioni ed eventuali proposte all'assemblea ex art. 2408 c.c. espressamente richiamato dall'art. 2409-octiesdecies, ultimo comma, c.c.. Il capitolo dei poteri del comitato è il più oscuro dell'intera disciplina dell'istituto visto il mancato richiamo degli artt. 2403-bis, c.c. relativo ai poteri dei

sindaci e il 2409-septies, c.c. relativo allo scambio d'informazioni, che potrebbero far dubitare sulla possibilità del comitato di agire collegialmente o singolarmente, sulla possibilità di chiedere agli altri amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari o scambiare tempestivamente informazioni con i soggetti incaricati del controllo contabile rilevanti per l'adempimento dei rispettivi compiti. Ma ancora una volta si ripropone la generale questione interpretativa sollevata dall'art. 223-septies, disposizioni attuative, che rende applicabili, in quanto compatibili, le norme che fanno riferimento ai sindaci ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, e soprattutto che ai membri del comitato, debbano riconoscersi poteri inferiori a quelli che spettano agli amministratori, semmai superiori e congrui alle particolari funzioni di controllo affidate. Quanto ai poteri e doveri attribuiti ai componenti di detto comitato, nel testo definitivo sono definiti in via autonoma e non per relationem art. 2409-octiesdecies, comma 5° lett. b) e c), c.c., che individuano funzioni fisse e funzioni variabili: da un lato sempre e comunque compiti di vigilanza «sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione» (lett. b); dall'altro lato quegli «ulteriori compiti affidatigli dal consiglio di amministrazione con particolare riguardo ai rapporti con i soggetti incaricati del controllo contabile» (lett. c). La norma, che nella stesura definitiva risulta mutata rispetto allo schema di d.lgs. che operava un semplice richiamo ai doveri disposti in capo ai sindaci dall'art. 2403, c.c., presubilmente nel tentativo di differenziare la disciplina a fronte dei numerosi rilievi critici da più parti avanzate, viene formulata riprendendo pressoché alla lettera una parte limitata delle incombenze demandate al collegio sindacale delle società quotate dalla riforma Draghi ex art. 149 del Tuf, sia delle non quotate dal novellato art. 2403, c.c.. Rispetto al collegio sindacale, il comitato di controllo, quindi, non è chiamato a compiti di generale vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, dunque né un generale controllo di legalità né un controllo sulla diligente amministrazione del consiglio di cui fa parte, ma è tenuto solo a vigilare sull'adeguatezza della struttura organizzativa e dei sistemi

di controllo interno, amministrativo e contabile, vigilanza sull'adeguatezza del sistema del controllo interno che, dimostra come quest'ultimo è funzione diversa da quella propria del comitato, che, in tal modo, non può definirsi come organismo incaricato del cosiddetto controllo interno, essendogli attribuita dalla legge la sola competenza a giudicare il controllo interno da altri svolto all'interno della struttura amministrativa della società. Il comitato, dunque, sembra dotato di una competenza più circoscritta, in qualche misura più rivolta all'interno, più destinata a fungere da strumento di verifica a beneficio dell'organo amministrativo, nel suo complesso, che non di garanzia di controllo, anche per i soci minoritari ed i terzi, del corretto operare di tale organo, quindi, il mancato riferimento ai controlli di legalità ed al rispetto dei principi di corretta amministrazione è significativo e non certo casuale, in quanto, la modifica si dovrebbe al fatto che si è voluto rendere il comitato di controllo organo istruttorio del CdA sui profili relativi al controllo della struttura societaria e non, invece, organo di controllo dell'amministrazione. Dal momento che nessun ulteriore tipo di controllo è previsto nel sistema monistico a parte quello contabile di differente natura, sembra debba concludersi che il controllo di legalità e di corretta gestione non venga esercitato da alcuno. Certamente la mancata previsione attenua, ma non elimina completamente, la contraddizione ventilata da una parte della dottrina di un controllo di legalità esercitato da chi, direttamente o indirettamente, in quanto membro del consiglio di amministrazione ha concorso allo stesso atto amministrativo, e che dovrebbe, poi, in forza dell'art. 2409, c.c., denunciare al tribunale il sospetto di gravi irregolarità a carico di coloro che siedono nello stesso consiglio e da cui per ipotesi siano stati designati alla funzione specifica, sia perché ai sensi dell'art. 2408, c.c., espressamente richiamato, il comitato riceve denunce dai soci di fatti censurabili, deve indagare e riferire all'assemblea, sia perché il solito art. 223-septies disposizioni attuative, ripropone il problema interpretativo dell'art. 2409, c.c. pur esso applicabile al consiglio di amministrazione del sistema monistico e allora con il possibile esito che laddove si parli di collegio sindacale dovrà leggersi comitato interno per il controllo sulla gestione, così abilitato alla denuncia al Tribunale. Sul piano sistematico, questa lacuna non sembra trovare un surrogato nella corresponsabilità dei

componenti l'organo di controllo in quanto comunque membri del consiglio di amministrazione, visto che la riforma, eliminando il dovere autonomo di vigilanza imposto in capo a ciascun amministratore dalla pregressa disciplina codicistica, sembra conduca, a una deresponsabilizzazione, nel sistema monistico, dello stesso organo di controllo a eccezione del caso dell'omesso intervento nonostante la conoscenza dei fatti pregiudizievoli, tutte le volte che gli eventi dannosi non discendano da compiti specificatamente affidati. Il legislatore, infine, non ha dettato alcuna specifica norma in ordine all'azione di responsabilità nei confronti del comitato per il controllo, né ha richiamato l'art. 2407, c.c. relativo ai sindaci, limitandosi a richiamare per il consiglio di amministrazione tutte le norme dettate per il sistema tradizionale. L'omissione è peraltro del tutto logica, visto che comunque anche ai componenti del comitato, in quanto amministratori a tutti gli effetti, troverà applicazione in quanto compatibile tale disciplina, quindi, la responsabilità sarà regolata in forza della diligenza professionale prevista dall'art. 2392, c.c. e le relative azioni esercitate a norma degli artt. 2393, c.c. e seguenti. In ultimo, da un lato, resta la considerazione critica secondo cui si viene a profilare una categoria di amministratori praticamente inutili, quella dei non esecutivi né controllori, considerato che non è stato ripetuto il dovere di vigilanza sul generale andamento degli affari sociali, dall'altro, resta la sensazione che il comitato di controllo sia dotato di poteri meno penetranti di quelli che, almeno sulla carta, caratterizzano gli analoghi organi negli altri due sistemi alternativi, e che l'ambiguità insita nella natura dei suoi componenti, amministratori e controllori ad un tempo, non sia del tutto sciolta, tanto più che lo stesso art. 2381, comma 3°, c.c., consente anche al consiglio di amministrazione (nel suo complesso, ivi compresi i componenti del comitato di controllo) non solo di essere informato dagli amministratori delegati, ma anche di impartire loro direttive, di avocare a sé singole operazioni contenute nella delega e di esaminare i piani strategici, industriali, e finanziari della società, e tanto più, che anche il regime della revoca è unicamente quello degli amministratori, senza alcuna delle garanzie che l'art. 2400, c.c. pone invece, in caso di revoca dei sindaci, a maggior garanzia della loro indipendenza.

CONSIDERAZIONI FINALI

Le analisi che possono essere rilevate in merito all'argomento in questione, oltre ad essere molteplici, sono, in considerazione della sostanziale promiscuità che distingue l'ambito dei controlli, essenzialmente diversificate, riflettendosi sia sui principi legislativi alla base della loro regolamentazione, che sull'effettiva incisività della loro azione.

Partendo da valutazioni inerenti l'efficacia della Riforma del diritto societario, in vigore dal primo gennaio del 2004, è bene rilevare che il suo preciso obiettivo di "*svecchiare*" la normativa codicistica legata ad un tempo troppo lontano per poter essere un valido supporto legislativo in una realtà completamente stravolta dalle mutate concezioni dell'ambiente circostante, sottoposto continuamente ai notevoli impulsi provenienti dall'esterno, ha conseguito un effettivo risultato con l'introduzione di due nuovi sistemi di amministrazione-controllo di derivazione straniera, rilevando, contestualmente, la sua precisa volontà di porsi come un emendamento innovativo, all'avanguardia, capace di recepire gli stimoli esterni e renderli propri per attenuare le innumerevoli diversità esistenti col mondo internazionale.

Si tratta di due modelli volti a garantire la flessibilità di un ordinamento in cui la sterile e rigida disposizione delle regole ha fatto da schermo alle numerose spinte riformiste succedutesi, comunque, in passato fino ad esplodere nell'incessante necessità di un cambiamento che rispecchiasse l'attuale visione della realtà nel suo continuo addivenire ed evolversi senza soluzioni di continuità.

Nulla può, dunque, manifestarsi rispetto a dei simili intenti fortemente meritevoli di apprezzamento, cosa che, invece, non può dirsi rispetto ai metodi adottati per poterli conseguire.

Ebbene, l'attuale riforma pecca proprio nella condotta seguita per dare attuazione a tali propositi ricca, come si presenta, di irragionevoli incongruenze che rischiano di minare in partenza l'eventuale adozione dei sistemi statuiti in alternativa; invero, la stessa manifesta alternatività è segno epifanico di un procedimento incoerente, frutto di valutazioni ben poco

approfondite, e ciò, non perché mancano delle effettive differenze tra i nuovi modelli e quello persistente, ma perché tali diversità sono state via via attenuate dall'altalenante succedersi di prodromi, invocanti l'alternatività, quale presupposto di una scelta privata autonoma che rispondesse a pure e singolari esigenze valutative, e di principi, evocanti una forzata assimilazione che evidenzia, invece, la ferrea intenzione di eguagliare gli organi corrispondenti, rendendo, in tal modo, tentennante ed indecisa l'alternanza cui si vuole mirare in favore di una soluzione caldeggiante piuttosto il quasi totale appiattimento della normativa dei nuovi sistemi su quella del sistema tradizionale, cui l'art. 223-*septies* delle disp. att. e trans., fa da corollario rinviando, infatti, nel dubbio, a quanto statuito per gli organi del modello "*latino*".

Il risultato, purtroppo, deludente, è rappresentato da un vero e proprio rischio di creare, in quest'oscillante avvicinarsi di ipotesi di alternatività e di equità, un sistema ibrido privo di una precisa identità, che elimina a priori le già minime possibilità di essere scelto; ma, forse non è nemmeno questo il dato più eclatante, visto che meritevole di un tale appellativo, risulta piuttosto il fatto che quelle che rappresentano le caratteristiche peculiari dei sistemi in questione, qualità ereditate dai loro sistemi di origine, costituiscono i principali motivi delle critiche a loro sfavore, in quanto collimanti a dei precisi segnali di persistenti diversità rispetto all'organo di controllo tradizionale, e, ciò, anche, quando ne rappresentano dei precisi vantaggi.

Si sottolinea, in particolare, la possibilità statuita per il consiglio di sorveglianza di approvare il bilancio consolidato, atto che, rimane, invece, negli altri due casi, esclusiva competenza degli amministratori dando, così, vita ad una competizione sleale nei riguardi degli altri sistemi; ma, soprattutto, quando sono loro che subiscono la suddetta concorrenza, finiscono con l'essere vittime di giudizi negativi; il riferimento è alla separazione del controllo contabile da quello sull'amministrazione, risultante definitiva nei sistemi alternativi, giovante di un'eccezione, in quello tradizionale, ovvero l'ipotesi di società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, nel qual caso è permessa la concentrazione, in capo allo stesso organo,

di entrambe le funzioni, soluzione, questa, che non poteva essere diversamente concepita data l'impossibilità di estendere una tale opportunità al comitato per il controllo sulla gestione i cui membri, in veste di amministratori, partecipano alla redazione del progetto di bilancio e neanche al consiglio di sorveglianza cui spetta, addirittura, la sua approvazione, ma, che si traduce in un sostanziale beneficio, il risparmio dei costi per le imprese cui è garantita una tale possibilità, che spinge, dunque, la loro decisione ad orientarsi verso l'unica direzione possibile: la scelta del collegio sindacale.

Ed è proprio in questo che si concentra il vero limite della Riforma, quello di aver, essenzialmente, elevato a pura icona il collegio sindacale; invero, non le si condanna l'aver agito con la precisa intenzione di attribuire una valenza prioritaria a tale organo, quanto piuttosto, l'aver innalzato una figura di cui, mantenendone inalterate talune caratteristiche destinarie, in precedenza, di forti contestazioni, risulta necessitare di un ulteriore processo modificativo che, certamente, non la rende idonea a rappresentare un modello da emulare.

La massima contraddizione, in effetti, risulta dall'aver introdotto dei sistemi nuovi per poi plasmarli su quello precedente, compromettendo integralmente i presupposti della coerenza e della ragionevolezza in un fare che, purtroppo, non è totalmente sconosciuto al nostro legislatore, sedotto dalla pura e disincantata esterofilia che lo priva della sua identità, la quale, d'altra parte, cerca, forzatamente, di recuperare mediante una labile e incerta emulazione, da cui nulla di buono può conseguire, se non un indebolimento delle proprie strutture accompagnato da una ambigua commistione di quelle imminenti.

Come conseguenza di quanto detto, non sarebbe più logico mantenere salda la propria dignità attraverso la conservazione dei propri organismi rilevanti puntando unicamente alla loro revisione, laddove peccano in efficacia, tenendo, invece, lontani quelli che, pur avendo acquisito forti consensi nei paesi d'origine, risultano incompatibili col nostro ordinamento? E, ciò, non per esaltare, stavolta, atteggiamenti di esterofobia, considerando che le posizioni estreme non procurano alcun beneficio, ma solo per rilevare la necessaria importanza della tutela della propria identità, l'unica cosa che dagli altri paesi non siamo ancora riusciti ad emulare.

A questo punto molti sono gli interrogativi che emergono sulle modifiche, ovvero sulle mancate modifiche all'organo di controllo a cui l'attuale Riforma, neanche agli albori della sua validità ed efficacia, sembra capace di dare risposte soddisfacenti:

– *Perché, se ne rappresentavano il motivo principale della sua eterna inefficacia, le modalità di nomina sono rimaste invariate lasciando nelle mani dei controllati la scelta dei propri controllori?*

– *Perché, statuendo la separazione tra controllo contabile e quello sull'amministrazione si è decisa una precisa riduzione di professionalità, rendendola obbligatoria solo per un sindaco effettivo e per un sindaco supplente, come a voler sancire una minore importanza alla verifica effettuata sull'operato degli amministratori? Invero, non sono gli stessi amministratori a tenere la contabilità, a redigere le scritture contabili, il bilancio di esercizio ed, eventualmente, quello consolidato, cosicché un controllo altamente professionale sull'operato degli amministratori costituisca una verifica indiretta delle procedure contabili? Ed, inoltre, perché nell'attribuire il solo controllo sull'amministrazione, non si è pensato di garantire una diversa e più completa professionalità, non limitata, dunque, a delle conoscenze puramente contabili garantite da chi è iscritto nel registro dei revisori, anche alla luce della diversa valutazione cui attualmente i sindaci sono tenuti, ovvero quella sul rispetto dei principi di corretta amministrazione?*

– *Perché, si è posta tanta rilevanza al requisito dell'indipendenza dei sindaci introducendo maggiori restrizioni se, nello stesso tempo, si dà la possibilità di scegliere statutariamente dei sistemi alternativi che, secondo un'opinione autorevole (B. Libonati, in Atti del Convegno tenuto nel settembre 2002, in I << controlli >> nella riforma del diritto societario, in AA. VV., La riforma del diritto societario, Milano, 2003), si suddividono l'uno, il sistema dualistico, in tre momenti: assemblée des pauvres, conseil des riches, comité des forts; e, l'altro, il sistema monistico, in due momenti: tous les riches, sopra, e l'assemblée des pauvres, sotto; quasi a voler dimostrare che, nonostante, il*

rafforzamento dell'indipendenza previsto, in quest'ultimo sistema, pari ad almeno un terzo dei consiglieri di amministrazione, si finisce col lasciare l'organo di controllo alla pura mercé dei gestori? E, ciò, d'altronde, non scaturisce dalle inopportune modalità di nomina dell'organo, che conferiscono un tale potere agli stessi controllati, in considerazione della perenne, e già manifesta opposizione verso quelle modalità statuenti l'attribuzione della nomina all'assemblea?

– *Perché, permane la concezione di accertamento di tipo sanzionatorio mentre si rileva la concreta validità e incisività di una verifica di tipo preventivo che sia più rispondente all'idea generale di funzione di controllo interno, quella concepita nel mondo internazionale, e corrispondente ad una valutazione che entri nel cuore della gestione per divenirne parte integrante affinché questa non ne rappresenti più l'oggetto ma la sua matrice?*

Sono queste alcune delle tante domande che, anche alla luce, del caso Parmalat, richiedono delle risposte immediate e che, in effetti, la stessa Riforma ha contribuito ad incrementare dimostrando, tra l'altro, la sua incapacità a rispondere a quelle affiorate in passato, risolvendosi, in tal modo, in un emendamento incompleto e non più a passo coi tempi, anche per le lungaggini che hanno caratterizzato l'iter che ha portato alla sua attuazione, il che rileva l'esistenza di una forte contraddizione collimante con il suo scoraggiante atteggiarsi in una “*Riforma da riformare*”.

In particolare, il crack Parmalat, è il risultato di intrecci pericolosi, che hanno dato vita a diversi ed estesi reati, quali falso in bilancio, aggio, bancarotta fraudolenta, sottrazione ingente di capitali, dai conti delle società del gruppo per appianare debiti che, attraverso l'emissione di obbligazioni, (*bond*), le banche hanno interamente trasferito sui piccoli risparmiatori; debiti che, d'altra parte, non avevano ragion d'essere, considerata l'enorme liquidità in loro possesso e nei cui riguardi le banche hanno fatto finta di niente.

Sotto l'occhio del mirino il sistema dei controlli nelle sue diverse configurazioni.

Si parla, infatti, di ben otto livelli di controllo saltati:

- 1) il consiglio di amministratore;
- 2) il collegio sindacale;
- 3) la società di revisione;
- 4) la Banca d'Italia;
- 5) la CONSOB;
- 6) l'internal auditing;
- 7) le agenzie di rating;
- 8) gli analisti finanziari.

Le soluzioni puntano verso l'inasprimento della vigilanza da parte delle Autorità competenti, con la previsione, in conformità al progetto del Ministro Tremonti, della costituzione di una “*Super-Authority*” del risparmio che incorpori l'ISVAP, (l'Autorità di Vigilanza sulle assicurazioni), la COVIP, (l'Autorità di Vigilanza sui fondi pensionistici), la CONSOB, che diventa, tra, l'altro, “*Super-CONSOB*” con il potenziamento del personale, delle risorse e dei suoi poteri, istruttori ed ispettivi, nonché alcune competenze della Banca d'Italia, inerenti la tutela del risparmio e la vigilanza al fine della stabilità dei mercati, (la Banca d'Italia perde, inoltre, la garanzia sulla concorrenza bancaria, in favore dell'Antitrust).

Si è, dunque, finito con l'adottare la scelta operata dall'Inghilterra che prevede, per l'appunto, una sola autorità, (la FSA), entrando, così, in quella nota discussione che vede coinvolti tutti i paesi e che riguarda l'indicazione del modello di vigilanza più opportuno, finendo con lo scegliere una soluzione che porta ad abbandonare quello attuale che statuisce una distinzione per settore, affidando assicurazioni e fondi pensioni ad autorità separate, e, un'altra, per finalità che, nella vigilanza sugli intermediari finanziari, attribuisce alla Banca d'Italia, il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale, mentre alla CONSOB la trasparenza e la correttezza dei comportamenti, scartando, dunque, il modello adottato dagli Stati Uniti, che prevede, invece, una forte frammentazione.

Senza entrare nel merito di una tale decisione, la domanda che si pone è la seguente: *Può, una tale soluzione, sopperire, ovvero sostituire la garanzia che può derivare da dei revisori*

competenti, indipendenti, responsabili e, soprattutto, corretti nell'espletamento della loro funzioni, come non si sono dimostrati, volontariamente od involontariamente, nel dissesto di cui si discute?

La risposta racchiude numerosi correttivi che dovrebbero essere apportati al ruolo del sindaco, tra i quali quello di scartare l'ipotesi di una "Authority" unica, anche in considerazione del fatto che si tratta di quella meno sperimentata, istituendo, invece, un'Autorità, prendendo esempio dagli Stati Uniti, cui competa esclusivamente la vigilanza sugli organi di controllo interni od esterni, che ne statuisca i requisiti di professionalità, prendendo altresì in esame la possibilità di prevedere dei crediti formativi che elevino l'esperienza ad un concreto metro di valutazione e paragone, ancora, che ne indichi i requisiti di indipendenza, valutando, nel concreto, l'incisività degli stessi, e, tutto ciò, non limitandosi a delle misure preventive, ma, introducendo anche quelle premianti, volte a ricompensare coloro che s'impegnano a rispettare i suddetti requisiti ed, infine, ne verifichi, nel continuo, l'operato.

Ma, prima di ogni altra cosa, risolvere una volta e per sempre il problema della nomina di modo che si escluda qualsiasi forma di dipendenza, in una soluzione che metta fine alla nomina assembleare con l'affidamento, invece, della stessa al tribunale, ovvero all'eventuale Autorità competente; a nulla rileva la nota opposizione che difende la natura privatistica dell'ente, e questo, non per eluderla del tutto, piuttosto per evidenziare le diverse implicazioni che tali istituti hanno nell'intera società finendo anche col toccare i limiti della tutela dei terzi, e, ciò, è quanto basta per giustificarne la loro valenza pubblicistica.

Nello stesso senso, si legittima il totale rifiuto verso il sistema monistico che, così come concepito, rappresenta un puro consenso al più ovvio e conseguente regime di dipendenza.

La diversa opzione, invece, di mantenere l'attuale sistema di nomina e, nel contempo, proporre un inasprimento delle pene, avalla il persistente limite, connaturato nel nostro stesso regime giuridico, di puntare su un forte regime sanzionatorio, piuttosto che su un più opportuno e maggiormente efficace sistema di prevenzione, che possa minare in partenza

degli eventuali illeciti; il problema è che in questo vortice è stato risucchiato lo stesso controllo espletato dal collegio sindacale che lungi dall'essere preventivo, risulta essere, essenzialmente, ex post, di natura vidimante, inefficace nel suo utopico rimediare all'irrimediabile; un controllo ex ante, invece, ha tutte le prerogative per garantire un ottimo risultato, senza che, però, ciò si rilevi una precisa invadenza nell'attività degli amministratori, configurandosi, infatti, come funzione meramente consultiva che gli permetta di conoscere nel prosieguo l'attività gestionale anche in considerazione del fatto che, alquanto nota, è la funzione assolta dai sindaci come consulenti professionali al di fuori dell'impresa sociale, nonostante censurata, giacché colpevole di oberare la loro normale attività, perché, allora, non esercitarla quando persegue un precipuo ed inderogabile interesse della società?

Non può che concludersi suggerendo degli immediati correttivi che tengano conto della stessa consapevolezza già acquisita prima dell'attuale riforma ed annunciata dall'espressione autorevole dell'On. Mauro Agostini, secondo cui *“la corporate governance è un valore implicito commercialmente rilevante”*, stavolta, però, ponderando minuziosamente le diverse opportunità soprattutto nel loro atteggiarsi a risultato ultimo e concreto, ed avvalorando l'ulteriore cognizione che vede nella corporate governance l'*“anima”* della società, l'elemento portante e rigenerante, il segreto del suo successo, il reale volto dietro l'apparente facciata, dunque, un fattore inscindibile in mancanza del quale la stessa equivarrebbe ad una bellissima e potente macchina priva del motore, che ne consenta un qualsiasi vanto, tuttavia, è pur vero, che il discorso non va esasperato fino ad accreditare la mera esistenza di organi all'uopo indicati, potendo, gli stessi, rivelarsi altrettanto inopportuni ed inefficaci, valendo, al contrario, la dovuta idoneità ed adeguatezza; si pensi, infatti, ad una fiammante testa rossa con il motore di una cinquecento, sarebbe sicuramente un bel vedere, ma con quale risultato se non quello di mostrarsi incapace nel fare un benché minimo passo avanti; il caso opposto, invece, offrirebbe un'apparenza piuttosto deludente, ma con un esito davvero soddisfacente.

Prof dott. Carmine Ruggiero

Università degli Studi di Napoli Federico II