



Convegno su

**RICICLAGGIO E CORRUZIONE:
PREVENZIONE E CONTROLLO TRA FONTI INTERNE E
INTERNAZIONALI**

Courmayeur, 28 - 29 settembre 2012

PROCEDURE ANTIRICICLAGGIO E SISTEMA DEI CONTROLLI

Paolo MONTALENTI
*ordinario di diritto commerciale
Università di Torino*

FONDAZIONE CRT

PAOLO MONTALENTI

PROCEDURE ANTIRICICLAGGIO E SISTEMA DEI CONTROLLI

SOMMARIO:– 1. I controlli interni architrave per una buona *corporate governance*. – 2. Principi di corretta amministrazione, adeguatezza degli assetti organizzativi, sistema di controllo interno. – 3. Il concetto di controllo: i nuovi paradigmi. Dal “controllo-sanzione” al “controllo-funzione gestoria”. – 4. Controllo e vigilanza. – 5. Controllo diretto e controllo indiretto. – 6. Il sistema dei controlli interni: istituzione, valutazione e vigilanza. – 7. L’organismo di vigilanza 231. – 8. La nuova disciplina della revisione legale (d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39) e i controlli interni. Il comitato per il controllo interno e la revisione legale. – 9. La disciplina antiriciclaggio: interessi tutelati e profili sistematici. – 10. Controllo del rischio e adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali. – 11. Profili sistematici: conferme ed eccezioni ai principi generali. – 12. Procedure antiriciclaggio e sistema dei controlli: problemi applicativi. 13. Il sistema dei controlli interni: sinergie o inefficienze? – 14. Il coordinamento tra gli organi di controllo: il problema aperto. – 15. L’iniziativa comunitaria: il *Green Paper* della Commissione Europea dal 5 aprile 2011 e il *Feedback statement* 25 novembre 2011. – 16. Il nuovo Codice di Autodisciplina e il sistema dei controlli: una risposta efficace. – 17. Proposte di riforma per una razionalizzazione del sistema dei controlli: la società per azioni. – 18. Proposte di riforma: le società quotate (e di interesse pubblico). – 19. Proposte di riforma: la società a responsabilità limitata.

1. I controlli interni architrave per una buona corporate governance.

I controlli interni nelle società di capitali rappresentano¹ uno dei pilastri fondamentali, se non l'architrave, della struttura della *corporate governance* negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati.

Dal *Sarbanes Oxley Act* – si pensi, in particolare, alle norme in tema di *Audit Committee* (sec. 301) – al *Dodd–Franck Act* – si pensi alle *rules* in tema di “*Strengthening Corporate Governance*” (sec. 972) – il sistema statunitense ha rappresentato, sia pure con soluzioni suscettibili di valutazioni critiche per eterogenesi dei fini da eccesso di rigore (si pensi ai numerosi *delisting*), un punto di riferimento anche per gli ordinamenti europei.

Si pensi, ad esempio, alla disciplina dei *non audit services* nella L. 262/2005, mutuata, appunto, dal *Sarbanes-Oxley Act*.

In Italia la materia è stata oggetto di plurimi interventi²: dalla separazione tra controllo di legalità e controllo contabile nelle società quotate,

¹ Le pagine che seguono sono in parte tratte dal mio ultimo contributo in argomento: P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 159 ss. Segnalo alcuni lavori in cui ho precedentemente trattato il tema degli assetti organizzativi e del sistema dei controlli: *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in *Le Società*, 1998, p. 899 ss.; *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 803 ss.; *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *AA.VV.*, *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 65 ss.; *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV, t. 2, Cedam, 2004, p. 227 ss.; *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. comm.*, I, 2005, p. 435 ss.; *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Le Società*, 2005, p. 294 ss.; *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, 2006, Vol. 2, p. 832 ss.; *Sui controlli societari: funzioni da semplificare*, in *Il Sole 24 ore*, 27 novembre 2007; *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 643 ss.; *Il sistema dei controlli interni: realtà e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 935 ss. *Il sistema dei controlli: profili generali*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato Cottino*, vol. V, 1, Padova, 2010, p. 691, anche per riferimenti.

² Cfr. P. MONTALENTI, S. AMBROSINI, *Il controllo sulla gestione*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, cit., p. 691 ss. e già A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, ed. *Il Sole 24 ore*, Milano, 2010. In argomento si vedano, altresì, sui temi generali, AA.VV., *Controlli interni ed esterni nelle società per azioni*, Milano, 1972; ROOT, *Beyond COSO. Internal control to enhance corporate governance*, Hoboken (New York), 2000; M. BARALDI, A. PALETTA e M. ZANIGNI, *Corporate governance e sistema di controllo interno*, Milano, 2004; M. COMOLI, *I sistemi di controllo interno nella corporate governance*, Milano, 2002; M.A. EISENBERG, *Corporations and Other Business organizations. Cases and Materials*, 9^a ed., New York, 2005, 199; S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 71; R. RORDORF, *Il nuovo sistema dei controlli sindacali nelle società per azioni*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 242; AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Atti convegno CNPDS – Fondazione Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, Milano, 2005; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del collegio sindacale*, 15 dicembre 2010, reperibile sul sito www.cndccc.it; AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010; C. ANGELICI, *Su mercato finanziario, amministratori e responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 1ss., specie pp. 3-11, P. MONTALENTI, *Società per azioni corporate*

con la L. 216/1974, all'introduzione della vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi in capo al collegio sindacale di società quotate, con il testo unico della finanza nel 1998, all'estensione di poteri analoghi al collegio sindacale nelle non quotate con la riforma societaria del 2003, sino all'intervento sul comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e alle modifiche in materia di organismo di vigilanza 231.

Il quadro si compone, poi, per le società quotate, di ulteriori tasselli normativi e regolamentari: si pensi alle competenze del *collegio sindacale* in tema di regole di governo societario (art. 149, 1° co., lett. c-bis, t.u.f.) e alle competenze del *dirigente preposto* alla redazione dei documenti contabili in materia di "adeguate procedure amministrative e contabili" per la formazione del bilancio (art. 154-bis, comma 3°, t.u.f.), introdotte dalla legge sulla tutela del risparmio (L. 28 dicembre 2005, n. 262), alle disposizioni regolamentari nei settori vigilati, al Comitato per il controllo interno previsto dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana, nella versione aggiornata del 2011.

Ed è paradigmatico con quale attenzione, e costanza, operatori e studiosi stiano formulando quantomeno da un decennio riflessioni, valutazioni, proposte³.

E' in questo quadro, legislativo e tecnico, che, nell'ottica del civilista, deve inserirsi una riflessione sulla disciplina antiriciclaggio introdotta dal d.lgs. 21 novembre 2007.

2. Principi di corretta amministrazione, adeguatezza degli assetti organizzativi, sistema di controllo interno.

Per inquadrare correttamente i complessi problemi che la materia suscita, si deve prendere le mosse dalla riforma del diritto societario⁴.

La riforma del 2003 ha elevato, come è noto, i *principi di corretta amministrazione* a clausola generale di comportamento degli amministratori, prima espressamente contemplata soltanto per le società quotate [arg. ex art. 149, lett. b) t.u.f.]⁵.

Il rispetto delle regole, anche tecniche, elaborate dalla prassi e dalle scienze aziendali, e non solo giuridiche, di buona gestione è oggi, dunque, norma di diritto comune.

governance e mercati finanziari, cit., p. 159 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Controlli interni e responsabilità nelle società di capitali*, in *Dir. fall.*, I, p. 251 ss.

³ Cfr. AA.VV., a cura di Assonime, *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, Milano, 2009. Cfr. OSSERVATORIO DEL DIRITTO SOCIETARIO, *Il sistema dei controlli societari: una riforma incompiuta?*, ed. *Il Sole 24 ore*, 2008; Id.; *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, ed. *Il Sole 24 ore*, 2010.

⁴ Ho trattato questi temi in *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, cit., p. 159 ss. (da cui traggio, in parte, i paragrafi 6-92-5).

⁵ Lo si evince dalla previsione di un obbligo specifico di vigilanza sul rispetto di tali principi in capo agli organi di controllo, anche se, a mio parere per un difetto di coordinamento, la statuizione espressa si rinviene soltanto per il collegio sindacale (art. 2403) e per il consiglio di sorveglianza [(art. 2409-octiesdecies, 1° co., lett. c)], ma non per il comitato per il controllo sulla gestione (cfr. art. 2409-octiesdecies).

Inoltre il paradigma degli *assetti organizzativi adeguati*⁶, assurge a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale, amministrativo e contabile, e, conseguentemente, a direttrice fisiologica dell'attività, strumento di tracciabilità dei processi, criterio di valutazione della responsabilità di amministratori, dirigenti e controllori.

Segmento, e fulcro, degli assetti organizzativi adeguati è il *sistema di controllo interno*, che costituisce lo snodo cruciale dell'articolazione del potere d'impresa e delle regole di responsabilità.

L'obbligatorietà del sistema di controllo interno deve essere riconosciuta come principio di diritto societario comune in quanto elemento necessario ai fini dell'*adeguatezza della struttura organizzativa della società*, sia pure con caratteri di maggiore o minore complessità in ragione della dimensione e della tipologia dell'impresa. Resta fermo, in ogni caso, che per la *società quotata* su mercati regolamentati *l'obbligatorietà del sistema di controllo interno* è espressamente prevista dal legislatore del testo unico [arg. ex art. 149, comma 1° lett. c) t.u.f. e art. 149, comma 4-bis]⁷.

Ma una riflessione critica sulla materia, e in particolare sulle recenti riforme, richiede qualche considerazione sistematica di ordine più generale.

3. Il concetto di controllo: i nuovi paradigmi. Dal "controllo-sanzione" al "controllo-funzione gestoria".

La partizione concettuale tradizionale in tema di controllo – controllo di legalità (formale e sostanziale), controllo di merito – merita una rivisitazione sistematica.

Il *controllo di merito*, e cioè il controllo sull'opportunità e la convenienza economica dell'attività (più che dei singoli atti) di gestione, spetta ai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, come *plenum*, nei confronti dei delegati. Si tratta di un controllo in forma di *potere di indirizzo, di condizionamento* e anche di *contrapposizione antagonistica*, con la revoca dell'amministratore o della delega, non già di sorveglianza e verifica in funzione di eventuali iniziative sul terreno della responsabilità.

⁶ Sull'argomento si veda, per tutti, P. MONTALENTI, *Commento sub art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino e al., vol. 1, Bologna, 2004, p. 682; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

⁷ L'obbligatorietà del controllo interno nel sistema monistico è invece prevista, come si è detto, in via generale per tutte le società: pertanto l'esclusione dell'applicazione della lett. c) dell'art. 149 t.u.f. al comitato per il controllo della gestione stabilita dal comma 4-ter del medesimo articolo è, a ben vedere, impropria, perché la vigilanza sul sistema di controllo interno nel sistema monistico da parte del comitato di controllo sulla gestione è prevista dall'art. 2409-octiesdecies, comma 5° lett. b), la cui applicazione nelle quotate non è esclusa, come si evince dall'art. 154 t.u.f., ai sensi del quale al comitato per il controllo sulla gestione delle società per azioni quotate non si applicano soltanto gli articoli 2399, primo comma e 2409-septies del codice civile; dal che discende che l'art. 2409-octiesdecies trova, invece, applicazione. Un puzzle normativo vagamente barocco, dal quale si evince, in definitiva, che per tutte le società quotate, quale che sia il modello di *governance* adottato, *l'istituzione del sistema di controllo interno* è sempre obbligatoria.

Infatti il merito della gestione, e cioè il contenuto delle scelte manageriali è assistito – il punto è pacifico anche nel nostro ordinamento – dalla c.d. *business judgement rule*: le operazioni gestorie degli amministratori non sono sindacabili, né dal collegio sindacale, né dal comitato *audit*, né dai revisori, né dal giudice se non in caso di *manifesta irrazionalità* oppure di *palese assenza di procedimenti di valutazione* dei profili economici, finanziari, tecnici dell'operazione (ma allora, a rigore, per violazione delle regole di corretta gestione)⁸.

Categoria a se stante è invece il *controllo sull'adeguatezza degli assetti organizzativi*, cioè il controllo sull'idoneità dell'intero sistema di funzionigramma e di organigramma e in particolare del sistema procedurale di controllo, dal monitoraggio dei rischi (c.d. funzione di *risk management*) alla verifica del rispetto delle regole, primarie e secondarie (c.d. funzione di *compliance*).

Si aggiunga, ancora, il controllo sul *rispetto dei principi di corretta amministrazione*, la verifica, cioè dell'osservanza delle regole tecnico-aziendalistiche – istruttorie, procedurali, decisionali – che concretano la diligenza professionale del buon amministratore (cfr. art. 2392, nuovo testo, cod. civ.) Controlli che sono affidati, con compiti differenziati, sia all'organo di gestione come *plenum* sia all'organo di controllo. (cfr. art. 2381, comma 3°, art. 2403, comma 1°, art. 149, comma 1° t.u.f.; art. 149, comma 4-*bis* e comma 4-*ter*, t.u.f.).

In conclusione il concetto di controllo pare oggi doversi più analiticamente scomporre in (i) *controllo di merito* (ii) *controllo di adeguatezza organizzativa* (iii) *controllo di correttezza gestionale* (iv) *controllo di legalità sostanziale* (v) *controllo di legalità formale*⁹.

Un assunto deve essere in ogni caso ribadito con chiarezza: il *controllo* si emancipa dall'accezione tradizionale di "verifica *ex post*" (derivato del diritto amministrativo) e si evolve in *elemento coesenziale dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo*¹⁰.

In altri termini il controllo non è estrinseco ma *intrinseco alla funzione gestoria*; in chiave assiologica la nozione dovrebbe evolvere da una concezione del controllo come "costo" all'idea del controllo come "opportunità".

⁸ Sul punto si veda, tra le decisioni più recenti, Cass., 12 agosto 2009, n. 18231, in *Diritto & Giustizia*, 2009; cfr. anche A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, 2010, p. 219 ss.

⁹ Sulla pluralità di significati del concetto di controllo si veda P. FERRO-LUZZI, *Controllo: organi, funzioni e attività*, in AA.VV. *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, cit., p. 115 ss.; ID., *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi, Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 309 ss.

¹⁰ Così, con chiara intuizione, P. FERRO-LUZZI, *Controllo: organi, funzioni e attività*, in AA.VV. *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, cit., p. 115 ss.; ID., *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi, Omaggio a Piergaetano Marchetti*, a cura di Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2010, p. 309 ss. E vedi ora, in questa puntuale direzione, il *Codice di Autodisciplina*, Art. 8. *Sindaci*, che sottolinea il "compito di vigilanza anche preventiva e non meramente *ex post*" del collegio sindacale e la sua non "estraneità rispetto all'organizzazione societaria".

Di là dalle formule questa “mutazione sistematica” e la conseguente nuova ricostruzione teorica del concetto di controllo, segna un’evoluzione profonda di cui la pratica ma ancor più la dottrina non hanno ancora colto appieno significato e potenzialità.

In termini sintetici il sistema e la *best practice* si evolvono da una visione del controllo come mera “funzione punitiva”, e perciò, auspicabilmente, di deterrenza ad una concezione del controllo come funzione fisiologica della gestione, che si innesta cioè nell’esercizio del potere amministrativo come strumento di indirizzo e di correzione permanente della direzione degli affari verso l’obiettivo di un pieno rispetto delle regole vigenti.

Il che si riflette, come meglio dirò, in una nuova tipologia di rapporti interorganici che merita, a mio avviso, una “messa a punto legislativa”.

4. *Controllo e vigilanza.*

Si deve altresì distinguere tra *controllo* e *vigilanza*¹¹.

I due concetti non sono, a mio parere coestensivi. Il controllo evoca strumenti di verifica più pervasivi; di contro, la vigilanza deve essere intesa come attività di sorveglianza generale e, di regola, indiretta. Si pensi, ad esempio, alla funzione di *internal auditing* ripartita tra amministratore delegato, con funzioni, dunque, di controllo in senso proprio e presidente, con funzioni, dunque, di supervisione sintetica.

Deve peraltro rilevarsi che il legislatore predica allo stesso verbo oggetti diversi che caratterizzano, con declinazioni diverse, la condotta.

Ad esempio il collegio sindacale “*vigila*” sull’“*osservanza*” della legge e dello statuto [art. 2403, cod. civ.; art. 149, 1° comma, lett. a), t.u.f.], mentre il consiglio di amministrazione (nelle quotate) “*vigila*” sul “*rispetto effettivo*” delle procedure (art. 154-bis, 4° comma, t.u.f.): espressione, quest’ultima, che sembra evocare un controllo più pervasivo.

Gli organi delegati, invece, e il dirigente preposto, “*attestano*” anche “*l’effettiva applicazione*”: espressione che pare alludere ad un controllo ancor più immediato e diretto.

In conclusione credo che si possa affermare che – pur nelle inevitabili contiguità – le categorie logico-giuridiche elaborate dal legislatore e dalla dottrina possano trovare, *se razionalizzate*, pratica applicazione nell’operatività ancorché sempre più complessa dell’impresa¹².

¹¹ Sottolinea la rilevanza della distinzione B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 299.

¹² Un esempio può chiarire la rilevanza applicativa delle diverse categorie così come ricostruite, in un tentativo di inquadramento sistematico.

Si pensi ad una operazione di acquisizione di una partecipazione di controllo di società estera da parte di una società italiana.

Il *controllo di merito* concerne la convenienza dell’operazione, in termini di espansione del mercato, di redditività immediata o di redditività prospettica.

Il *controllo di legalità* si appunterà sul rispetto delle normative interne (legislazione antitrust, regolamento su operazioni con parti correlate, eventuali maggioranze statutarie qualificate, poteri di rappresentanza, ecc.) e dell’ordinamento straniero (normativa sugli investimenti esteri, legislazione sui *take-over*, normativa fiscale ecc.).

5. *Controllo diretto e controllo indiretto.*

La distinzione tra controllo e vigilanza e le altre subfattispecie ora segnalate evocano poi un'ulteriore partizione che non trova un riferimento normativo specifico ma che ha una rilevanza cruciale nella realtà operativa dei controlli, ovvero la suddivisione del controllo tra *controllo diretto* e *controllo indiretto*. Una bipartizione che incrocia trasversalmente organi e funzioni e che vede però, nella tipologia economico-sociale, la netta *prevalenza dei controlli indiretti sui controlli diretti*.

Ciò deriva, è indubbio, anche dalla oggettiva complessità della grande impresa moderna nella quale il *potere di amministrazione*, sia pure gerarchicamente organizzato, è fortemente articolato e diffuso, per cui ben si può affermare che anche la "direzione suprema degli affari" si estrinseca, da un lato, in linee direttrici generali, dall'altro nella verifica dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione di altri soggetti (organi delegati, alta dirigenza, *managers*, responsabili di settore, amministratori di società controllate ecc.).

Analogo fenomeno si verifica nelle *procedure di controllo* per cui molte istanze procedono non già ad atti di ispezione e di controllo diretto bensì ad atti di accertamento presso le "istanze inferiori" volti a verificare il corretto svolgimento delle procedure di controllo e l'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui le procedure stesse sono parti integranti.

L'amministratore delegato riceve i *report* del preposto al sistema di controllo interno, questi le informazioni dai propri sottoposti, il consiglio di amministrazione – per effettuare la valutazione di adeguatezza – le "attestazioni di conformità" degli organi delegati, "validate" dal preposto al controllo interno e dal collegio sindacale, che sugli assetti organizzativi deve vigilare con atti di ispezione sì ma, anch'esso, prevalentemente, attraverso un'attività di sorveglianza indiretta.

In conclusione il sistema si presenta come una sorta di "*piramide rovesciata*" che ricomprende l'insieme delle funzioni di controllo indiretto e che poggia sul vertice, anch'esso rovesciato, dei controlli diretti su cui si regge, in definitiva, l'intera architettura.

I controlli indiretti, proprio perché molteplici articolati e diffusi, contengono in sé maggiori risorse di *feedback* e quindi di "autocorrezione", ma, proprio perché si fondano sui controlli diretti (i c.d. "controlli di linea") rischiano anch'essi un "*default a catena*", in caso di carenza o di inefficacia di

Il *controllo di correttezza* dovrà verificare se siano state adottate le procedure informative e istruttorie tipiche in questa categoria di operazioni (perizie di *merchant bank* indipendenti, *financial planning*, *due diligence* e così via).

Il *controllo di efficienza e di efficacia* dovrà valutare quale sia l'impatto dell'acquisizione sulla struttura dell'impresa (razionalizzazione di funzioni, sinergie, integrazioni sistemiche ecc.).

E i diversi organi dovranno esercitare la propria funzione di *controllo in forma diretta* – così, ad esempio, l'amministratore delegato –; in forma di *valutazione decisionale* – così il consiglio di amministrazione se l'operazione è di competenza collegiale – oppure di *informazione*, anche attiva, in caso di competenza degli esecutivi; in forma di *vigilanza*, se del caso ispettiva, dell'organo di controllo; di *supervisione informativa* sul rispetto delle regole di correttezza da parte del comitato *audit* di amministratori indipendenti.

questi e richiedono quindi un apposito presidio attraverso l'istituzione di un sistema di "controllori dei controllori".

6. Il sistema dei controlli interni: istituzione, valutazione e vigilanza.

Se, come si è osservato, il sistema di controllo interno è parte, e nel contempo elemento essenziale degli assetti organizzativi, dalle disposizioni del modello-base di amministrazione e controllo si evincono le regole sul controllo del sistema di controllo interno:

(i) gli organi delegati *curano* che l'assetto, organizzativo, amministrativo e contabile – e quindi anche il sistema di controllo come parte di esso – sia adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa (art. 2381, 5° co.);

(ii) il consiglio di amministrazione ne *valuta* l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute (art. 2381, 5° co.);

(iii) il collegio sindacale (art. 2403, 1° co.), o il consiglio di sorveglianza [art. 2409-*terdecies*, 1° co., lett. c)] o il comitato per il controllo sulla gestione [art. 2409-*octiesdecies*, 5° co., lett. b)] *vigilano* sull'adeguatezza;

(iv) il *dirigente preposto alla relazione dei documenti contabili societari* «predispone *adeguate procedure amministrative e contabili* per la formazione del bilancio di esercizio e, ove previsto dal bilancio consolidato, nonché di ogni altra comunicazione di carattere finanziario» (art. 154 *bis*, T.U.F.).

In conclusione la verifica *sull'adeguatezza della struttura organizzativa*, amministrativa e contabile, e quindi sul *sistema di controllo interno*, che, sia pure con maggiore o minore complessità, in ragione della natura e della dimensione dell'impresa, ne è articolazione necessaria, è oggi compito espressamente assegnato sia al *consiglio di amministrazione* come *plenum* sia all'*organo di controllo*, anche se con tipologie di controllo diverse, di *valutazione*, il primo, di *vigilanza*, anche con atti ispettivi, il secondo.

La distinzione va rimarcata con particolare evidenza. L'organo di controllo ha poteri-doveri di ispezione, di accesso alla documentazione, di confronto diretto con la struttura aziendale.

L'amministratore senza deleghe, ex art. 2381, 6° co, cod. civ. può richiedere *soltanto in consiglio* informazioni ulteriori ma non può – nè deve – compiere atti ispettivi o qualsiasi atto di controllo diretto¹³.

La *summa divisio*, chiara nei suoi confini, si riflette significativamente sul piano delle responsabilità, vuoi civilistiche vuoi amministrative (i.e.: le sanzioni delle *Authorities*).

¹³In senso contrario pare orientato B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 304. P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, in AGE, 2007, p. 239, ricorda però, esattamente, come «la riforma si sia, meritoriamente, ... preoccupata di distinguere, ovviamente ove delega vi sia, tra amministratori con delega, in sostanza che gestiscono e amministratori senza delega, e di proteggere questi ultimi» anche se, a suo parere, «forse fin troppo». Nel senso del testo, già ante riforma, anche A. GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti il consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Torino, 1997, p. 641ss.

7. *L'organismo di vigilanza 231.*

Le funzioni di controllo ora passate in rassegna si intersecano con i compiti dell'*organismo di vigilanza ex d. lgs. 231/2001*¹⁴, nella misura in cui i modelli di prevenzione devono contenere procedure dirette anche a prevenire la commissione di reati contabili.

La materia si collega del resto, strettamente, alla tematica degli assetti organizzativi. Infatti, in linea di principio, la predisposizione del modello 231 è, tecnicamente, un onere: la sanzione per la mancata adozione, in base alla legge speciale, può essere comminata *ex post*, come sanzione amministrativa, in caso di perpetrazione del reato nell'interesse dell'ente.

Vero è anche però che l'art. 2381 impone agli amministratori di dotare la società di assetti organizzativi adeguati: là dove il rischio da reato, e quindi il rischio di sanzione per la società, non sia insignificante, la mancata predisposizione del modello – come ha recentemente sancito il Tribunale di Milano¹⁵ – costituisce *anche* un inadempimento agli obblighi degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati¹⁶.

Il legislatore è intervenuto recentemente in materia. Con la legge di stabilità 2012 (L. 12 novembre 2011, n. 183), all'art. 14, 12° comma, ha modificato l'art. 6 dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, inserendo il comma 4-*bis* ai sensi del quale «nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato di controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza...».

La norma ha suscitato reazioni opposte.

Prescindendo dalle posizioni ispirate a mero corporativismo, credo che il legislatore abbia operato una condivisibile scelta di fiducia nei confronti della maturità e ragionevolezza dell'autonomia privata.

Saranno infatti gli operatori che, in ragione delle dimensioni dell'impresa, della tipologia dei rischi, della complessità dell'attività sapranno valutare se la "concentrazione" possa essere una soluzione semplificatrice, pur senza diminuzione dell'efficacia dei controlli oppure invece se la "separazione" garantisca una migliore specializzazione e quindi una maggiore puntualità di intervento rispetto alla concreta configurazione della società.

¹⁴ Mi permetto di rinviare, anche per i riferimenti, a due contributi che ho dedicato all'argomento: P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 643 ss.; ID, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in *AGE*, 2009, p. 383 ss. Vedi anche ID., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, cit., p. 842 ss. In argomento vedi ora AA.VV., *D.lgs. 23: dieci anni di esperienza nella legislazione e nella prassi*, in *Società, Gli speciali*, 2011.

¹⁵ Cfr. Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774, reperibile sul sito www.confindustria.it.

¹⁶ La materia è già stata oggetto di uno specifico Convegno promosso dall'Osservatorio sul Diritto Societario della Camera di Commercio di Milano del 28-11-2008; si vedano gli atti in AA.VV. *Il sistema dei controlli societari: una riforma incompiuta?*, cit.

Si deve però sottolineare che l'autonomia privata dovrà valutare con particolare attenzione se, considerata la complessità dell'impresa, la tipologia dei rischi da reato, le caratteristiche dei controlli necessari non impongano piuttosto di mantenere l'ODV come organo distinto al fine di una vigilanza più "specialistica" e, quindi, più efficace.

Pena il rischio che il modello di prevenzione non sia considerato efficace.

8. La nuova disciplina della revisione legale (d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39) e i controlli interni. Il comitato per il controllo interno e la revisione legale.

Il legislatore, nell'intervento legislativo di attuazione della Direttiva Comunitaria in materia di revisione legale dei conti ha invece reso più complesso il quadro ora delineato, sotto il profilo dei rapporti tra il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno (ora anche "di gestione dei rischi") previsto, per le società quotate, dal Codice di Autodisciplina¹⁷.

Infatti il d. lgs. 27 gennaio 2010 n. 39, che ha dato attuazione alla Direttiva 2006/43/CE relativa alla revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati, ha dettato una disposizione specifica in tema di controllo interno.

L'art. 19 ha stabilito che nei cosiddetti "enti di interesse pubblico", e cioè oltre alle società quotate, banche, imprese di assicurazione, SGR, SIM, SICAV, ecc. (cfr. art. 16 d. lgs. 39/2010) deve essere istituito un apposito organo definito "comitato per il controllo interno e la revisione contabile". A questo organo è espressamente attribuita la funzione di «vigilanza su: a) il processo di informativa finanziaria; b) l'efficacia dei sistemi di controllo interno, di revisione interna, se applicabile, e di gestione del rischio; c) la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati; d) l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale, in particolare per quanto concerne la prestazione di servizi non di revisione all'ente sottoposto alla revisione legale dei conti».

Dal dato testuale del secondo comma del medesimo articolo si evince che, in realtà, non di un nuovo organo si tratta bensì di un'estensione dei poteri dell'organo di controllo. La norma stabilisce infatti che il comitato per il controllo interno e la revisione contabile "si identifica", nel modello tradizionale, con il collegio sindacale, nel modello dualistico con il consiglio di sorveglianza a meno che ad esso siano attribuite funzioni strategiche [art. 2409-terdecies, 1° comma, lett. f-bis)], nel qual caso il comitato deve essere costituito al suo interno; nel sistema monistico con il comitato per il controllo sulla gestione.

Di là dalla singolarità della formulazione legislativa – "il comitato ... si identifica con ..." – ritengo che le nuove disposizioni non abbiano introdotto un nuovo organo, ma abbiano, per contro, ampliato (o precisato) le funzioni

¹⁷ Sul tema vedi ora, con plurime consonanze con quanto sostenuto in questo scritto, N. ABRIANI, *L'organo di controllo*, Relazione al Convegno organizzato da Fondazione CESIFIN, Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a., Firenze, 14-15 aprile 2011, in corso di stampa, che ho potuto leggere per la cortesia dell'autore.

dell'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza – o comitato costituito al suo interno –, comitato per il controllo sulla gestione).

Si deve poi osservare che diverse competenze introdotte con la riforma, ancorché apparentemente “nuove” sono, a mio parere, ricomprese, pressoché *in toto*, nelle funzioni degli organi di controllo.

Ad esempio la vigilanza su il “*processo di informativa finanziaria*” è, a ben vedere, una specificazione del controllo sul rispetto della legge, delle regole di correttezza gestionale e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi.

La vigilanza sull’*“efficacia del sistema di controllo interno, di revisione interna, se applicabile e di gestione del rischio”*, in ragione di quanto poco sopra argomentato, ben può ritenersi ricompresa – ancorché utilmente precisata come competenza espressa – nella vigilanza sugli assetti organizzativi, di cui controllo interno e gestione del rischio costituiscono un segmento procedurale, di complessità graduata in ragione delle caratteristiche dimensionali e operative dell'impresa.

Per quanto riguarda poi la *vigilanza sull'indipendenza del revisore*, con particolare riferimento ai *non audit services*, può dirsi, nuovamente, che si tratta del controllo su di una, sia pur specifica, disposizione di legge: la novità della disposizione consiste, quindi, nell'imporre una verifica precisamente individuata nell'oggetto, che può, allora, richiedere atti di ispezione espressamente dedicati.

Il punto più critico è, a mio parere, rappresentato dalla funzione di vigilanza su *“la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati”*.

Ritengo che l'interpretazione della nuova disposizione debba essere rigorosamente restrittiva e che non possa dunque reputarsi surrettiziamente reintrodotta una competenza contabile in capo al collegio sindacale.

In altre parole l'organo di controllo dovrà sì esercitare una vigilanza specifica in materia, ma limitandosi ad una supervisione sintetica e meramente procedurale sulla conduzione dell'attività di revisione.

9. La disciplina antiriciclaggio: interessi tutelati e profili sistematici.

La disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231), letta con gli occhiali del civilista, suscita, in primo luogo alcune riflessioni sul piano degli interessi tutelati, più precisamente sulla “frizione dialettica” che il perseguimento di un interesse generale, di ordine pubblico internazionale esercita su principi generali dall'ordinamento.

Più precisamente, l'apprezzabile obiettivo – che ci si augura sia significativamente raggiunto – di introdurre serie barriere ad un reato – il riciclaggio – di elevatissima pericolosità sociale, anche perché alimentato da e alimento di aree ampie di reati individuali e associativi, si scontra – in primo luogo – con il principio comunitario della libera circolazione dei capitali.

In secondo luogo, parti dell'articolata disciplina, segnatamente la sezione che limita l'uso del contante confligge con numerose regole, anzi con principi consolidati in materia di obbligazioni.

Penso, in particolare, all'adempimento dell'obbligazione pecuniaria ed al principio – generalissimo – secondo cui “i debiti pecuniari si estinguono con

moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale” (art.1277), conestato da una consolidata giurisprudenza che individua il momento della liberazione del debitore nella dazione in denaro e non di altri mezzi, se pur “normali”, di pagamento qual è, ad esempio, l’assegno circolare. Materia che deve essere, anche dal punto di vista teorico, rivisitata¹⁸.

All’esigenza repressiva cedono altresì principi consolidati di *riservatezza* – si pensi al, sia pure ormai eroso, segreto bancario – e di *affidamento fiduciario* – si pensi alle regole che assistono l’esecuzione dei rapporti di gestione riconducibili al mandato.

Ancora più eclatante e denso di nodi problematici il *vulnus* al segreto professionale: una norma espressa (Art. 41, 6° co., d.lgs. 231/2007) stabilisce che «la segnalazione di operazioni sospette effettuate ai sensi e per gli effetti del presente capo, non costituiscono violazione degli obblighi di segretezza, del *segreto professionale*...». E l’obbligo di segnalazione, che contrasta con il divieto – frutto di una plurisecolare tradizione garantista – di denunciare il proprio assistito (salvo il favoreggiamento), è addirittura rafforzato da uno specifico divieto di comunicazione (art. 46, 3° co. d.lgs. 231/2007) «al soggetto interessato ... l’avvenuta segnalazione di operazione sospetta...».

Vi è da domandarsi – e la risposta, a mio parere, deve essere negativa – se la segnalazione sia dovuta anche qualora il professionista, ritenuta sospetta l’operazione che gli viene prospettata, si astenga dal rendere la propria assistenza professionale. Il sospetto può infatti sorgere in relazione alla descrizione programmatica di un’operazione non in corso ma neppure iniziata, ma l’obbligo di segnalazione sorge soltanto se vi sia «sospetto» o «motivi ragionevoli per sospettare» «che siano *in corso* o che siano state *compiute o tentate* operazioni di riciclaggio...» (art. 41, d.lgs. 231/2007): se non vi sono gli estremi del tentativo il segreto professionale dispiega *in toto* la propria operatività.

In questo quadro la disciplina si articola su alcune linee direttrici, che possono così sistematicamente individuarsi.

Si individuano in primo luogo *i soggetti destinatari* della disciplina (Capo III, art. 10 ss.): intermediari finanziari, professionisti, soggetti affini; produttori e commercianti di oggetti preziosi.

Si enucleano le *operazioni*, in cui, essenzialmente l’uso del denaro – o del denaro per importi superiori a una determinata soglia [€ 15.000,00: cfr. art. 15, 3° e 4° co.; art. 16, 1° co., lett. a) e b)] – costituisce elemento di sospetto di riciclaggio.

Si statuiscono, poi, i diversi *obblighi procedurali*: gli obblighi di verifica della clientela (art. 15 ss.), semplificati (art. 25ss.) e rafforzati (art. 28 ss.); gli obblighi di registrazione (art. 36 ss.); gli obblighi di segnalazione (art. 41 ss.); assistiti da un serio apparato sanzionatorio (art. 55 ss.).

¹⁸ Vedi, in argomento, INZITARI, *La moneta*, in *Tratt. dir.comm. e di dir.pubb. dell’econ.*, dir. da Galgano, vol. VI, Padova, 1983; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 1277-1284, Bologna-Roma, 2011, p. 80 ss.

Nell'ottica di queste riflessioni si deve focalizzare l'attenzione sulle *regole di gestione del rischio e sull'adeguatezza* delle procedure di controllo.

10. Controllo del rischio e adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali.

Il controllo del rischio assume oggi un ruolo centrale nel sistema di *corporate governance*. In un proficuo incontro tra tecnica e regolazione, il portato delle scienze aziendalistiche, che da tempo individuano nel *risk management* l'asse portante di un controllo orientato alla correttezza della gestione, si è trasfuso nel codice di Autodisciplina che, nella versione emendata nel 2011, ha opportunamente definito il concetto di "*sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*"¹⁹ ed ha altresì focalizzato la finalizzazione del sistema di controllo interno rispetto ad una corretta ed efficiente gestione dell'impresa²⁰. Un concetto da tempo sottolineato da alcuni di noi: il controllo come elemento coesistente della gestione e non come mera verifica *ex post*; il controllo come opportunità di efficienza e non come sanzione. Analoghe previsioni si riscontrano anche nella disciplina secondaria dai Regolamenti ISVAP (Cfr. Reg. 20/2008) alle disposizioni di Banca d'Italia del 2011.

Il d.lgs. 231/2007 si inserisce in questo quadro sistematico. L'art. 20 – significativamente rubricato "*Approccio basato sul rischio*" – introduce specifici criteri legali per istituire un sistema di controllo e di prevenzione del riciclaggio, che non si limita alla previsione di alcune clausole generali (ancorché si riferisca a «criteri generali»), ma entra nel merito puntuale del meccanismo procedurale. I *criteri generali*, appunto, si riferiscono al *cliente* (natura giuridica, prevalente attività svolta, comportamento nell'operazione o nell'instaurazione del rapporto continuativo o della prestazione professionale) e all'*operazione, al rapporto continuativo o alla prestazione professionale* (tipologia, modalità di svolgimento, ammontare, frequenza, ragionevolezza, area geografica).

Ai criteri stabiliti dalla norma primaria si aggiungono le disposizioni regolamentari (art. 7, 2° co.) che le «Autorità di Vigilanza, d'intesa tra loro, emanano ... circa le modalità di adempimento degli obblighi

¹⁹ Il principio 7.P.1. è così formulato: «Ogni emittente si dota di un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi costituito dall'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi. Tale sistema è integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall'emittente e tiene in adeguata considerazione i modelli di riferimento e le *best practices* esistenti in ambito nazionale e internazionale».

²⁰ Il principio 7.P.2. del Codice di Autodisciplina scolpisce con chiarezza la funzione del controllo: «Un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi contribuisce a una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli. Esso concorre ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne».

di adeguata verifica del cliente, l'organizzazione, la registrazione le procedure e i controlli interni ...».

La normativa si articola poi in disposizioni specifiche (art. 37) sull'*archivio unico informatico* (completato dalle norme secondarie di Banca d'Italia: art. 37, 7° co.), sul *Registro per i professionisti e i revisori contabili* (art. 38), sulle *procedure di esame delle operazioni* (art. 42, 1° co), sull'*adeguata formazione del personale* (art. 54).

In sintesi: il legislatore ha effettuato uno sforzo, per il vero inusuale, di "costruzione" di un "reticolo regolamentare" sufficientemente analitico e dettagliato, proprio allo scopo di favorire la realizzazione di un sistema omogeneo e uniforme, di tecniche di prevenzione e di *monitoring*, sì da impedire che la mera previsione di obblighi generali non fornisse, da un lato, linee direttrici chiare agli operatori e impedisse, dall'altro lato, una vigilanza ancorata a parametri sufficientemente certi e, quindi, l'applicazione di sanzioni appropriate, proporzionate ma anche efficaci.

Vigilanza che il legislatore ha esplicitamente assegnato sia agli organi di controllo endosocietario (cfr. art. 52) sia alle autorità di vigilanza che devono espressamente verificare «l'adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali» (art. 53).

Un sistema "programmaticamente" organico assistito da sanzioni sia penali (art. 55) sia amministrative, in particolare in tema di "Organizzazione amministrativa e procedure di controllo interno" (art. 56).

11. Profili sistematici: conferme ed eccezioni ai principi generali.

La dialettica tra norme generali e norme speciali, in particolare tra codice civile e legislazione speciale, si snoda, come è noto, tra (l'età della) decodificazione – per utilizzare la celebre espressione di Natalino Irti – e ricodificazione – si pensi al "Codice delle Assicurazioni" al "Codice della Proprietà industriale", ai "Testi Unici" – ed anche tra conferme ed eccezioni rispetto ai principi generali.

Le numerose regole organizzative e procedurali, in cui la disciplina antiriciclaggio si articola, si incardinano nel più generale alveo sistematico che, come già ho avuto modo di sottolineare, rappresenta una delle linee portanti dell'architettura di *governance* dell'impresa societaria, e cioè l'obbligo di dotarla di *assetti organizzativi adeguati* (cfr. art. 2381, 5° e 3° co., cod. civ).

Ricordiamo, a conferma, che la giurisprudenza ha già avuto modo di statuire che la mancata adozione del modello 231 di prevenzione dei reati (*ex d.lgs. 231/2001*) concreta una violazione del dovere organizzativo di carattere generale scolpito, dopo la riforma societaria, nella normativa del codice civile.

Con riferimento a specifiche disposizioni della legge speciale, si può sottolineare che la *legittimazione alla segnalazione di operazioni sospette* – con espressa esenzione dal segreto professionale e da connesse responsabilità – è ancorata alla clausola generale di *buona fede* (cfr. art. 41, 6° co.).

Si tutela inoltre il principio di *riservatezza* sull'identità delle persone e dei professionisti che effettuano la segnalazione (cfr. art. 45, 1° e 2° co.).

Di particolare interesse poi la legittimazione alla comunicazione dell'avvenuta segnalazione tra «*intermediari finanziari appartenenti al medesimo gruppo*», perché essa rappresenta, a mio parere, la conferma di un principio di carattere generale e cioè la legittimazione ad una *disclosure* intragruppo, assistita da un dovere di riservatezza nell'ambito non già della singola società ma nel perimetro del gruppo, regolata da fonte contrattuale (ad esempio dal regolamento di gruppo), principio che si ricava, in via interpretativa, dall'art. 114, 4° co., t.u.f.²¹

Per contro la disciplina in esame contiene significative eccezioni ai principi generali.

Di particolare impatto, e, forse, foriera di sospetti di incostituzionalità in relazione all'art. 24, Cost., la *deroga al segreto professionale* consistente nell'obbligo di segnalazione in capo al professionista (cfr. art. 41, 6° co., art. 43).

Significativa poi se non in termini di eccezione ai principi generali, sicuramente in termini di superamento *ex lege* della ("separatista" della) persona giuridica, è la disposizione [art. 1, 1° co., lett. u)] che definisce come «*titolare effettivo*» «la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione o un'attività, ovvero, nel caso di entità giuridica, la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano tale entità, ovvero ne risultano beneficiari secondo i criteri di cui all'allegato tecnico al presente decreto».

12. Procedure antiriciclaggio e sistema dei controlli: problemi applicativi.

Già si è detto che le procedure antiriciclaggio si collocano nel più ampio quadro sistematico del sistema dei controlli.

Espressa conferma si ricava dall'art. 52 che impone un *dovere di vigilanza* sull'osservanza della normativa speciale a «tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati».

Disposizione che rinvia al problema più generale del coordinamento tra organi di controllo, su cui soffermerò poco oltre. Ma pone, altresì, specifici problemi applicativi.

Non è chiaro, infatti, come possano coordinarsi, in relazione ai diversi soggetti che, a vario titolo, vigilano sul rispetto delle norme antiriciclaggio – in particolare il delegato alla funzione e il Collegio sindacale – il dovere, da un lato, di «*cooperazione*» che si evince, appunto, dal comma 1° dell'art. 52 e, dall'altro lato, di *divieti di comunicazioni* sanciti dall'art. 46.

Problema che, a mio parere, deve risolversi nel senso che tra soggetti e organi direttamente o indirettamente tenuti al controllo dell'osservanza della normativa speciale prevale il dovere di collaborazione e quindi, anche, la legittimazione alla circolazione delle informazioni.

13. Il sistema dei controlli interni: sinergie o inefficienze?

²¹ Sul punto mi permetto di rinviare al mio *L'informazione nei gruppi societari*, ora in *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 255 ss, specie p. 277 ss.

Ritornando ai temi di carattere generale, si può dunque concludere nel senso che il sistema dei controlli si articola dunque nel nostro ordinamento in una pluralità di funzioni ed in una pluralità di organi i cui confini non paiono chiaramente delineati. E' ora, pertanto, al "sistema" che intendo dedicare alcune riflessioni finali.

In relazione agli *assetti organizzativi* concorrono, come si è visto, a vigilarne l'adeguatezza sia il *collegio sindacale* sia il *consiglio di amministrazione*, in termini anche di vigilanza sul suo concreto funzionamento, il primo; di mera valutazione, il secondo (cfr. art. 2403, art. 2381, comma 3° c.c.).

Nelle società quotate il *comitato per il controllo interno*, previsto dal Codice di Autodisciplina e composto prevalentemente da amministratori indipendenti, esprime pareri, oltre al resto, sulla progettazione, realizzazione e gestione del sistema di controllo interno, che degli assetti organizzativi è parte integrante.

Anche il *dirigente preposto* alla redazione dei documenti contabili societari è coinvolto nella medesima funzione: egli *predispone* adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione dei bilanci (art. 154-bis, comma 3°) che certamente fanno parte degli assetti organizzativi adeguati; a ben vedere con una competenza concorrente con gli *organi delegati* che *curano* l'adeguatezza degli assetti organizzativi complessivi (art. 2381, comma 5°).

Materia su cui vigila anche la *società di revisione*, o il *revisore legale* (cfr. d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39), che informa senza indugio la Consob e il collegio sindacale dei fatti ritenuti censurabili, quindi, eminentemente, *ratione materiae*, eventuali *default* nelle procedure di controllo interno, in particolare in materia contabile.

E si aggiungano, come si è visto, il *comitato per il controllo interno* e la *revisione legale*, nonché, se autonomo, l'*organismo di vigilanza* 231.

E si aggiunge, appunto, in un quadro così composito, il complesso *sistema antiriciclaggio*.

14. Il coordinamento tra gli organi di controllo: il problema aperto.

Il problema del coordinamento tra organi e funzioni è questione strettamente connessa al tema delle sovrapposizioni ed è meritevole di specifica considerazione.

Gli operatori si chiedono, infatti, come coordinare l'intero meccanismo dei controlli e cioè i rapporti tra funzioni (le diverse fattispecie di controllo) e i diversi organi ad esse deputati (sindaci, revisori, amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, *leading independent director*, comitato audit, preposto al controllo interno, responsabile dei documenti contabili, organismo di vigilanza, responsabile antiriciclaggio, ecc.). Problema che si acuisce nei settori vigilati – banche e assicurazioni – ove si aggiungono le norme speciali, primarie e secondarie, e le Istruzioni dell'Organo di vigilanza.

Nel settore assicurativo, ad esempio, il problema è stato espressamente affrontato.

Infatti il Regolamento ISVAP, 20 marzo 2008, n. 20, disciplina la materia con particolare analiticità, collegando strettamente – in materia di controlli interni, di componenti del sistema, di flussi informativi, di gestione dei rischi, di esternalizzazione – le regole aziendalistiche con i precetti normativi²² e affronta con una disposizione specifica (art. 17), il tema – di rilievo sistematico generale – del *coordinamento tra organi di controllo* affidato ad un regolamento del consiglio di amministrazione.

Più precisamente la norma ha anticipato il Codice di Autodisciplina²³ prevedendo espressamente che «l'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo²⁴».

La norma rinvia dunque alla autonomia privata la soluzione di uno dei problemi più delicati in materia di amministrazione e controllo, area del diritto societario su cui incombe il grave interrogativo se la pluralità di istanze di controllo stimoli sinergie virtuose o produca invece inefficienti sovrapposizioni o duplicazioni.

E in effetti il combinarsi virtuoso di autonomia privata, norme secondarie, norme primarie può consentire – se l'equilibrio è raggiunto – la realizzazione di una regolazione efficace della materia, com'è avvenuto per altri profili, quale, ad esempio il tema delle operazioni con parti correlate²⁵.

15. L'iniziativa comunitaria: il Green Paper della Commissione Europea dal 5 aprile 2011 e il Feedback statement 25 novembre 2011.

In questo quadro si inserisce un'iniziativa comunitaria di cui si deve dare brevemente conto.

Nell'aprile del 2011 la Commissione Europea ha pubblicato un *Libro verde in materia di governo societario*²⁶ che pone ad operatori, istituzioni studiosi interrogativi “a largo spettro” non limitati alle società quotate, anche se prevalentemente focalizzati sulla società che ricorrono al mercato dei capitali di rischio, riguardanti sia il Consiglio di Amministrazione sia gli azionisti di minoranza e, sia pure “trasversalmente”, il tema dei controlli.

²² Di particolare interesse la nozione di “Alta Direzione”, che getta un ponte tra diritto societario e diritto dell'impresa; la disciplina delle funzioni di controllo - revisione interna, *risk management* e *compliance* - di cui si individuano analiticamente le articolazioni operative; le disposizioni in materia di gruppo assicurativo.

²³ Sul punto vedi, *infra*, § 16.

²⁴ La norma secondaria stabilisce infatti che «l'organo di controllo, la società di revisione, la funzione di revisione interna, di risk management e di compliance, l'organismo di vigilanza di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, l'attuario incaricato e ogni altro organo o funzione a cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro, scambiandosi ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti. L'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo».

²⁵ Mi permetto, sul punto, di rinviare al mio *Società quotate, mercati finanziari e tecniche di regolazione*, in Omaggio a Piergaetano Marchetti, *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi*, cit., a cura di Luigi Arturo Bianchi, Federico Ghezzi, Mario Notari, Milano, 2010, p. 437 ss.

²⁶ Vedine testo e commenti in *Riv. soc.*, 2011, p. 1197 ss.

Limitando l'indagine a quest'ultimo profilo si sottolinea (p.to 15) la necessità di “sviluppare un'adeguata cultura del rischio nonché modalità di gestione che consentano di affrontarli efficacemente”. Si pone in evidenza la necessità che il Consiglio di amministrazione debba “definire il profilo di rischio” e “garantire una sorveglianza idonea dei processi di gestione dei rischi”.

I risultati della consultazione sono stati pubblicati il 15 novembre 2011.

La larga maggioranza delle opinioni espresse condivide l'assunto che il *Board* deve assumere le decisioni strategiche in materia di *rischio* e che debba verificare che il sistema di *risk management* sia efficace, pur distinguendo tra responsabilità degli *executive* nel *day-to-day management* del rischio e la funzione di *monitoring* del consiglio.

Si ritiene, in ogni caso, appropriata la legislazione nazionale e non necessario uno specifico intervento comunitario.

16. Il nuovo Codice di Autodisciplina e il sistema dei controlli: una risposta efficace.

Il 5 dicembre 2011 è stato varato il nuovo Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana.

Con riferimento alla precedente versione avevo segnalato le difficoltà di individuazione di un ruolo autonomo del Comitato *Audit* rispetto al Comitato di controllo interno incarnato *ex d. lgs. 39/2010* nel collegio sindacale (o nell'organo di controllo equivalente)²⁷.

Il nuovo Codice, anche sulla base di attente analisi e indicazioni propositive²⁸, apporta un significativo contributo in questa materia, fornendo una prima soluzione ai problemi di sovrapposizione e di coordinamento che il “reticolo” dei controlli imponeva, come da tempo ebbi modo di sottolineare²⁹.

Il Codice, nella sua nuova versione, precisa, anzitutto, che il sistema di controllo interno è anche sistema di gestione dei rischi, focalizzando così molto opportunamente e in coerenza con le indicazioni comunitarie l'oggetto primario delle procedure e delle strutture organizzative di *monitoring*.

Si prescrive altresì che il sistema sia “integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario”. La precisazione non è meramente lessicale ma esprime per contro le necessità che il sistema di controllo non sia una procedura organizzativa “*a latere*” o “*ex post*” bensì un elemento coordinato e omogeneo all'intero assetto organizzativo dell'impresa. Il sistema si emancipa una concezione per così dire “sanzionatoria” per configurarsi

²⁷ Cfr. P. MONTALENTI, *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, cit., p. 174 ss.

²⁸ Si veda, in particolare, ASSONIME, *Alcune proposte in materia di controlli societari*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 1298 ss.

²⁹ Sia consentito il rinvio ad alcuni tra i miei scritti in cui mi sono soffermato particolarmente sul tema: *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Le Società*, 2005, p. 294 ss.; *Sui controlli societari funzioni da semplificare*, *Il Sole 24 ore*, 27 novembre 2007, p. 37; *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.* 2010, I, p. 935; *I controlli societari: recenti riforme antichi problemi*, cit., p. 535 e ora anche in *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*.

invece come elemento della “condivisione dell’impresa coerente con gli obiettivi aziendali” e come strumento di attuazione del principio di corretta gestione, sotto il profilo della completezza informativa e procedurale che, ci estrinseca nella “assunzione di decisioni consapevoli”.

Le diverse funzioni coinvolte – “l’amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi”, il *comitato controllo e rischi*, il responsabile della funzione di *internal audit*, gli altri ruoli e funzioni aziendali, il collegio sindacale – sono espressamente contemplate con una puntuale specificazione dei ruoli.

Si consente la composizione del comitato con amministratori non esecutivi, in maggioranza indipendenti, ma la regola primaria, se pur derogabile, è ora nel senso che gli amministratori sono *tutti* indipendenti.

Il comitato deve rendere un “parere” sull’intero sistema e, oltre ad assolvere compiti di valutazione e di informazione (cfr. 7. c.1.) “voluta - ecco la novità – con cadenza almeno annuale il piano di lavoro predisposto dal responsabile della funzione di *internal audit* e ne “monitora l’autonomia, adeguatezza, efficacia ed efficienza”.

L’amministratore incaricato verifica l’evoluzione del sistema, può chiedere verifiche *ad hoc* e riferire tempestivamente al comitato problemi e criticità.

Il Codice contiene una nuova disposizione di significativo valore sia sistematico sia operativo disponendo che «l’emittente prevede modalità di coordinamento tra i soggetti sopra elencati al fine di massimizzare l’efficienza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e di ridurre le duplicazioni di attività».

Si vuole così molto opportunamente indicare la strada per tentare di superare, attraverso – riterrei – un opposto regolamento, il problema che abbiamo ampiamente sviscerato del coordinamento tra organi e delle duplicazioni dei compiti.

In fondo la conoscenza in concreto delle realtà aziendale può condurre a superare quelle inefficienze da sovrapposizioni e quelle aporie da reticolo (di contro alle sinergie di sistema) di cui il legislatore primario non si è, ad oggi, fatto carico. Una risposta – in definitiva – efficace.

17. Proposte di riforma per una razionalizzazione del sistema dei controlli: la società per azioni.

Per una più organica regolamentazione dell’intera materia si possono suggerire alcuni interventi razionalizzatori³⁰, prescindendo dalla questione se attraverso norme primarie o secondarie, anche se le tre proposte principali qui formulate ben potrebbero essere inserite nel diritto societario comune in quanto non necessariamente appropriate per le sole società quotate.

Le proposte di modificazione legislativa che mi sento di suggerire sono le seguenti:

³⁰ Ho già formulato le proposte qui indicate in *Il sistema dei controlli nella spa e nella srl: proposte di riforma*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2012, n. 12, p. 9 ss.

(i) attribuire espressamente all'organo di controllo – collegio sindacale, comitato di controllo all'interno del consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione o nelle società quotate, se previsto dallo Statuto, comitato controllo e rischi – la funzione di *coordinamento* di tutte le istanze di controllo interno alla società in base ad un regolamento adottato dal consiglio di amministrazione;

(ii) prevedere l'*obbligo periodico – ad esempio trimestrale - di relazione al consiglio di amministrazione da parte dell'organo di controllo* sul funzionamento del *sistema di controllo* e sulle *risultanze dei controlli* effettuati anche ai fini di eventuali decisioni di intervento correttivo da parte dell'organo gestorio.

18. Proposte di riforma: le società quotate (e di interesse pubblico).

Per le società quotate (e di interesse pubblico) si può ragionare su alcune ulteriori ipotesi di lavoro:

(i) come consente la Direttiva, prevedere che, negli enti di interesse pubblico lo statuto può attribuire, in alternativa al collegio sindacale, la funzione di comitato per il controllo interno e la revisione legale (art. 19, d.lgs. 39/2010) al *comitato controllo e rischi* previsto dal Codice di Autodisciplina o, se la società non è quotata, a un comitato di amministratori indipendenti;

(ii) limitare le competenze in materia di procedure del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari alla predisposizione di *adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione dei bilanci*;

(iii) affidare invece alla società di revisione, oltretutto, ovviamente, il controllo dei conti, la *verifica di adeguatezza delle procedure stesse*;

(iv) attribuire al preposto al controllo interno la *verifica sul rispetto effettivo delle procedure amministrative e contabili*, oggi assegnato invece al dirigente preposto, nell'ambito del controllo sul rispetto delle procedure interne, in senso ampio;

(v) prevedere che nel *modello dualistico* lo statuto debba obbligatoriamente stabilire le funzioni di alta direzione attribuite al *consiglio di sorveglianza*; introdurre l'obbligo di istituire il *comitato per il controllo interno e la revisione legale* nell'ambito di questo organo; statuire espressamente che i rapporti tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza siano disciplinati da un regolamento interno.

Si tratta, come è ovvio, di ipotesi di lavoro su cui riflettere: ciò che è sicuro è che la semplificazione e, soprattutto, la razionalizzazione sono esigenze da tutti avvertite come non ancora del tutto risolte.

19. Proposte di riforma: la società a responsabilità limitata.

La materia dei controlli deve essere, a mio parere, regolamentata in primo luogo in ragione delle dimensioni dell'impresa – e pertanto dell'entità del rischio dei creditori – e soltanto in via subordinata in ragione del tipo. Una disciplina che “combini” equilibratamente i due criteri potrebbe essere così formulata:

- (i) nelle società *sotto la soglia* del bilancio abbreviato potrebbe essere obbligatoriamente prevista soltanto la nomina di un revisore;
 - (ii) nelle società *sopra la soglia* del bilancio abbreviato o del capitale sociale minimo della s.p.a. prevedere obbligatoriamente un sindaco unico;
 - (iii) nelle società ove sia raggiunto *il doppio* dell'una o dell'altra soglia, prevedere l'applicazione della disciplina della società per azioni.
- Ovviamente dovrebbero essere consentite tutte le soluzioni più rigorose scelte dall'autonomia statutaria.