

I CONTROLLI SULLE DIVERSE TIPOLOGIE DI ENTI: REALTÀ E PROSPETTIVE

di *Andrea Zoppini*

Sommario: 1. La complessità del sistema dei controlli. – 2. Il caso delle società pubbliche. – 3. Il ruolo della Corte dei conti nel sistema dei controlli. – 4. Il rapporto tra norme sui controlli e autonomia statutaria. – 5. Conclusioni.

1. *La complessità del sistema dei controlli*

La crisi globale dei mercati ha favorito la proliferazione di modelli societari sempre più complessi, con la conseguente difficoltà di ricostruire sistematicamente le regole e i principi volti a disciplinare le strutture societarie. Tale circostanza si riflette anche sul sistema dei controlli proposto dal nostro ordinamento, la cui analisi non può dunque prescindere da valutazioni condizionate dall'organizzazione economica dell'ente, dalla sua interazione con le autorità pubbliche e il potere politico, dal suo assetto proprietario e dalle caratteristiche del mercato in cui opera. In sostanza, lo schema previsto dal legislatore impone un'indagine in termini di effettività, affrontando dapprima le regole poste per ciascuna tipologia di ente e verificando, successivamente, le modalità con cui l'intero sistema dei controlli si coordina con il diritto vigente.

Ciò posto, appare opportuna una breve ricostruzione normativa in materia di controlli. Il tradizionale schema codicistico appariva sostanzialmente incentrato sul ruolo gestorio del consiglio di amministrazione e su quello di controllo attribuito al collegio sindacale. Tuttavia, già con la l. n. 216/1974 venne introdotto l'obbligo di revisione contabile, seppur per le sole società quotate. Con l'approvazione del Testo unico bancario e, soprattutto, del Testo unico dell'intermediazione finanziaria sono state definitivamente separate le funzioni di controllo contabile, affidate alle società di revisione, e quelle di controllo sulla gestione, di pertinenza del collegio sindacale. In seguito, il d.lgs. n. 231/2001 ha stabilito l'obbligo per le persone giuridiche di adottare assetti organizzativi idonei, su cui vigila un apposito organismo (definito, appunto, organismo di vigilanza), con l'obiettivo di prevenire la commissione di reati nello svolgimento dell'attività d'impresa. Con la riforma delle società di capitali del 2003 (d.lgs. n. 6/2003) sono stati delineati nuovi modelli di *governance* delle società per azioni, in cui l'attività di controllo è stata assegnata, rispettivamente, al consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico e al comitato di controllo sulla gestione nel sistema monistico. Va, inoltre, ricordato che la l. n. 262/2005, intervenuta in tema di tutela del risparmio e di regolazione dei mercati finanziari, ha previsto l'obbligo per le società di dotarsi di un amministratore indipendente e di un dirigente incaricato di redigere i bilanci contabili, nonché la possibilità per la minoranza di eleggere almeno un componente del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale. Da ultimo, il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/2019) ha operato una nuova funzionalizzazione degli assetti organizzativi con la finalità di prevenire l'emergere della fase di crisi. L'organo di controllo, in quest'ottica, è tenuto a vigilare sull'idoneità della struttura societaria a recepire i segnali di allerta e ad attuare i rimedi previsti dall'ordinamento.

Lo schema appena tratteggiato ha comportato, *in primis*, l'insorgere di un problema di sovrapposizioni tra compiti e funzioni, atteso il vasto numero di attori coinvolti nel sistema dei controlli: dal collegio sindacale all'organismo di vigilanza, dal revisore contabile al comitato per il controllo interno, dall'*internal audit* al *compliance officer* e al sistema di *risk management*. Inoltre, si è assistito a una sempre più accentuata "procedimentalizzazione" dell'azione amministrativa, ove l'adeguatezza delle decisioni è valutata sulla base delle procedure adottate: queste ultime hanno gradualmente acquisito una propria e autonoma rilevanza sul piano giuridico. Gli interventi normativi delineati, difatti, oltre a fornire la complessa disciplina in tema di controlli, esprimono, altresì, l'idea di un percorso di riforme volto a modificare il ruolo del consiglio di amministrazione da organo di gestione a organo di monitoraggio sulla gestione.

Appare, pertanto, evidente la necessità di un coordinamento tra i diversi soggetti coinvolti nel controllo, con l'obiettivo di razionalizzare i flussi informativi ed evitare aggravii di costi per l'impresa. Una soluzione, in termini di *governance*, potrebbe esser data dall'introduzione di un apposito organo di coordinamento in cui accentrare tutte le funzioni di controllo, evitando così conflitti gestionali e inefficienze.

2. Il caso delle società pubbliche

Il tema dei controlli assume connotazioni peculiari dinanzi alle società pubbliche. La società pubblica evoca una pluralità di problemi, che vanno dalla proprietà dell'impresa, alla genesi di diritto speciale della società, fino alla disciplina applicabile. Indubbiamente, però, le criticità maggiori sono correlate alla partecipazione di controllo del socio pubblico. Difatti, se nelle società controllate da una coalizione di soci il rischio principale cui intendono sopperire i controlli è quello di estrazione di benefici personali a favore degli amministratori e della maggioranza, nelle società pubbliche il principale pericolo nella gestione è connesso all'eccessiva discrezionalità dei *managers*. Il socio pubblico è sovente un socio non particolarmente attivo nella gestione e nella condivisione delle scelte degli amministratori; di regola, non dispone di procedure di analisi preventiva della gestione sociale e non esercita i poteri che gli competono alla stregua del diritto societario, per non esporsi alla responsabilità contabile. Pertanto, gli amministratori, svincolati da pressioni nell'esercizio dei propri poteri, spesso adottano strategie imprenditoriali e concorrenziali aggressive e non sempre orientate a massimizzare l'utile o a remunerare l'investimento del socio.

Ci si può chiedere, allora, se le norme adottate siano coerenti con l'obiettivo di ridurre i costi di gestione e limitare la discrezionalità degli amministratori delle società pubbliche. Il legislatore non appare sempre consapevole di questo aspetto. Si pensi alle regole del d.lgs. n. 175/2016 (c.d. Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) che dispongono che si debba: privilegiare l'opzione per l'amministratore unico (art. 11, c. 2); favorire l'immedesimazione tra presidente e amministratore delegato (art. 11, c. 9); fissare a cinque il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione (art. 11, c. 3). Nell'ottica di contenere i costi di funzionamento degli organi, il legislatore avrebbe potuto optare per il modello di amministrazione monistico (la cui composizione minima è costituita da tre amministratori) e non per il sistema tradizionale che sottende un amministratore e tre sindaci. Discutibile è anche la scelta di sovrapporre nella stessa persona il ruolo di presidente e di amministratore delegato, posto che il presidente assolve una fondamentale funzione di garanzia del corretto flusso informativo a favore del consiglio d'amministrazione, il che presuppone normalmente la separazione dall'attività gestoria. E ancora, il consiglio formato da cinque amministratori – quantomeno nelle società di maggiori dimensioni – impedisce la costituzione di comitati istruttori come quello di controllo e rischi, con la conseguente difficoltà di applicazione delle migliori prassi societarie in materia di *governance*.

Dunque, in termini di contenimento dei costi di funzionamento degli organi, sarebbe stato più utile fissare un limite alla remunerazione dei medesimi, piuttosto che rendere gli amministratori ancora più autoreferenziali e la gestione ancor meno controllabile. Inoltre, una riflessione più matura avrebbe dovuto insistere sulla separazione tra la funzione gestoria e quella di *audit* aziendale e avrebbe dovuto applicare la disciplina del preposto alla redazione dei documenti contabili anche nelle società pubbliche non quotate.

3. Il ruolo della Corte dei conti nel sistema dei controlli

Come conseguenza dei meccanismi appena delineati si è assistito a un processo di espansione del controllo contabile affidato alla Corte dei conti sulle società pubbliche. In linea generale, le funzioni di controllo esercitate dalla Corte dei Conti si possono inquadrare in due macrocategorie: quella, oggi residuale, costituita dai controlli c.d. "preventivi" (art. 3, c. 1, l. n. 20/1994); e la categoria dei controlli c.d. "successivi", tra cui figurano quelli esercitati sulla gestione degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (l. n. 259/1958) e i controlli esercitati sulle c.d. società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016). Elemento comune di tali forme di controllo è costituito dal fatto che

ciascuna di esse è esercitata dalla Corte dei conti in qualità di soggetto “esterno” all’ente oggetto di controllo. E ciò anche quando il magistrato contabile esercita le prerogative disciplinate dall’art. 12 della l. n. 259/1958, presenziando alle sedute degli organi interni di amministrazione e di revisione delle società pubbliche.

Le prime regole sull’intervento della Corte dei conti nel governo delle società pubbliche furono individuate proprio dalla l. n. 259/1958, mediante la quale venne introdotto un controllo di tipo “successivo” avente ad oggetto la complessiva attività posta in essere dall’ente controllato. L’esito del controllo si materializza in un referto prodotto dalla Corte dei conti al Parlamento sull’andamento e sui risultati della gestione finanziaria. Nel caso in cui la Corte dei conti accerti irregolarità nella gestione, o comunque quando lo ritenga opportuno, il controllo può dar luogo a rilievi cui gli organi amministrativi delle società pubbliche sono invitati a conformarsi negli esercizi successivi. In seguito, le ipotesi di controllo della Corte dei conti si sono moltiplicate. Ad esempio l’art. 3, c. 4, della l. n. 20/1994, demanda alla Corte dei conti il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle p.a., al fine di verificare la legittimità delle gestioni e il regolare funzionamento dei c.d. controlli interni. La disposizione in commento permette, altresì, sulla base di programmi approvati annualmente, di esercitare tale prerogativa indirettamente anche sulle società pubbliche. Diversamente, il d.lgs. n. 267/2000 (c.d. Testo unico degli enti locali) disciplina, tra le altre, una ulteriore forma di controllo successivo che può investire solo indirettamente le società pubbliche. In particolare, tale provvedimento conferisce alle sezioni regionali della Corte dei conti, con cadenza annuale, nell’ambito del controllo di legittimità e regolarità delle gestioni, il potere di verificare il funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell’equilibrio di bilancio di ciascun ente locale. Da ultimo, l’impianto normativo è stato completato dal d.lgs. n. 175/2016, il quale ha conferito nuove funzioni di controllo alla Corte dei conti. Ancora una volta, il modello prescelto dal legislatore è quello del controllo successivo. A differenza delle disposizioni previgenti, però, oggetto di controllo non è la gestione della società nel suo complesso, ma sono specifici atti che, di volta in volta, devono essere comunicati ai competenti uffici della Corte dei conti.

In estrema sintesi, il percorso normativo in tema di poteri di controllo della Corte dei conti sulle società pubbliche, a partire dalla l. n. 259/1958 e dalla l. n. 20/1994 fino al d.lgs. n. 175/2016, ha consolidato il tradizionale ruolo della Corte dei conti quale garante dell’equilibrio economico-finanziario del settore pubblico, in linea con i principi costituzionali di buon andamento (art. 97 Cost.), responsabilità dei pubblici funzionari (art. 28 Cost.), equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.), coordinamento della finanza pubblica (art. 119 Cost.). La Corte dei conti, dunque, quando esercita le funzioni di controllo sulle società pubbliche opera sia come organo dello Stato, esterno rispetto agli enti interessati alla sua azione, sia quale soggetto preposto alla cura di un interesse di rilevanza generale ma non sovrapponibile con quello specifico che è perseguito dai soggetti controllati (e dai propri organi di controllo interni). La funzione di controllo esercitata sulle società pubbliche non è, pertanto, affatto marginale e anzi può risultare particolarmente incisiva nel concorrere alla corretta attuazione delle disposizioni di legge che tutelano il bilancio e le finanze pubbliche.

L’evoluzione normativa, in definitiva, ha assegnato alla Corte dei conti compiti sempre più rilevanti, attribuendogli funzioni “di chiusura” del complesso sistema dei controlli cui sono sottoposte le società pubbliche. Sistema, quest’ultimo, che, è appena il caso di ricordare, coinvolge una pluralità di soggetti pubblici (Anac, Agcm, responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza) e privati, conferendo ad essi una serie di poteri e di funzioni che si affiancano, senza tuttavia sostituire né sovrapporsi, a quelle di cui è titolare la magistratura contabile. La funzione di controllo della Corte dei conti è, quindi, ancora attuale ed efficiente.

4. *Il rapporto tra norme sui controlli e autonomia statutaria.*

Tradizionalmente, gli operatori tendono a considerare l’autonomia statutaria quale presupposto irriducibile per l’accesso al mercato dei capitali e per la valorizzazione delle partecipazioni azionarie. Siffatta circostanza ha agevolato la formazione di una concezione delle norme imperative in te-

ma di controlli quali ostacoli ai risultati individuati dalle parti, se non addirittura quali potenziali cause di pregiudizi economici. In sostanza, si è originata una dicotomia concettuale tra l'attività imprenditoriale, assunta al rango di fonte di ricchezza, mediante l'uso degli schemi proprietari e contrattuali, e l'attività dei controlli, considerata come un mero costo gravante sugli azionisti. Da tale paradigma ideologico, non a caso, è sorto il fenomeno del *running to the bottom*, ossia la concorrenza tra ordinamenti, orientata a fornire controlli sempre meno stringenti agli operatori economici.

A ben vedere, però, il sistema dei controlli, seppur inteso come "limite", andrebbe rivisto quale valore aggiunto per l'impresa, attesa la capacità dello stesso di produrre regole di organizzazione, le quali, a loro volta, alimentano la solidità e la fiducia nell'impresa stessa. Le norme che impongono limiti e controlli, in virtù della finalità organizzativa cui tendono, possono assicurare uno stabile equilibrio tra i poteri decisionali, disciplinando i rapporti tra i diversi finanziatori dell'impresa. Esse, in sintesi, costituiscono la risposta a un fallimento del mercato, posto che consentono il raggiungimento di risultati non facilmente conseguibili dall'autonomia statutaria, se non con un eccessivo dispendio di mezzi e risorse.

Il vero problema, dunque, come chiarito in precedenza, non è quello di ridurre i controlli bensì quello di razionalizzarne l'articolato impianto, il quale potrebbe poi svolgere adeguate funzioni regolatorie, modificando altresì la cultura degli operatori.

5. Conclusioni

Da ultimo, è opportuno valutare l'impatto sul sistema dei controlli societari da parte di nuove tecnologie, quali *blockchain*, e di istituti di *public enforcement*, quali il *whistleblowing*.

Attraverso l'espressione *blockchain* si fa riferimento a catene di dati immodificabili, che, una volta utilizzate all'interno dell'impresa, consentono di ricostruire *ex post* fatti gestionali. Pertanto, a seguito del crescente impiego di tale piattaforma da parte delle imprese, si rende imprescindibile l'esercizio di funzioni regolatorie, al fine di evitare condotte "agnostiche" e di mantenere un adeguato livello di controllo in un sistema che potrebbe presentare lacune in termini di trasparenza. Difatti, da un lato, nelle *blockchain* può risultare complesso assegnare precise responsabilità, dall'altro, le norme in tema di *corporate governance* sono pensate con riferimento all'agire umano e, se applicate alle nuove tecnologie, non offrono sempre risposte adeguate. A tal proposito, un recente rapporto della BaFin ha sollecitato la necessità di un'analisi sistematica che tenga conto dei processi di Bdai (*Big data and artificial intelligence*). In quest'ottica, l'autorità di supervisione può richiedere minimi e specifici standard da rispettare per organizzare l'attività d'impresa e per tracciare i risultati dell'algoritmo decisionale, consentendo ai modelli di Bdai di divenire un utile strumento di controllo a vantaggio di una maggiore trasparenza e di una migliore connessione tra il mercato e i suoi attori.

In merito al *whistleblowing*, invece, esso rappresenta uno strumento di controllo pubblicistico introdotto dalla l. n. 190/2012 e, più di recente, novellato dalla l. n. 179/2017. Lo schema tipico è dato dalla denuncia di un dipendente all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti, all'Anac o al proprio superiore, circa l'esistenza di condotte illecite nella gestione dell'impresa. A seguito di ciò, il *whistleblower* non può esser sottoposto a misure discriminatorie o a forme di ritorsione che producano effetti sulle sue condizioni di lavoro, ma anzi, al contrario, può ottenere incentivi monetari. Orbene, ciò che rende dubbia l'efficacia del *whistleblowing* in Italia quale elemento di controllo sull'impresa, è la sua stretta connessione con l'impianto socioculturale americano. Occorre difatti chiedersi se, nelle società italiane, un sistema di benefici a favore di chi denuncia patologie imprenditoriali sia idoneo a favorire maggior rigore nei controlli ovvero, viceversa, possa produrre condotte opportunistiche ed effetti distorsivi per l'intero mercato.

* * *