

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA: *Le radici storiche dei controlli interni*. – 1. I controlli interni nelle relazioni d'affari delle prime “compagnie commerciali”. – 2. I controlli interni quali componente essenziale dell'organizzazione d'impresa. – 3. *Segue*: i controlli interni quali componente essenziale della moderna *corporate governance*. – 4. *Segue*: l'esperienza dei codici di *best practice*. – 5. La disgregazione normativa dei controlli interni tra diritto societario comune e “discipline” speciali. – SEZIONE SECONDA: *Il criterio ordinatore del 'sistema'*. – 6. Dal “reticolo” normativo alla composizione sistematica: la ricerca di un criterio ordinatore. – 7. *Segue*: “scelte razionali” e organizzazione d'impresa. – 8. I controlli interni secondo l'approccio “funzionale” del diritto societario. – 9. I “controlli interni” nel quadro delle scelte organizzative dell'imprenditore. – 10. Per una proposta di classificazione dei controlli interni in un'ottica di “sistema”.

SEZIONE PRIMA

Le radici storiche dei controlli interni

1. *I controlli interni nelle relazioni d'affari delle prime “compagnie commerciali”*. – Questo non è un libro sui “controlli interni” svolti dagli organi corporativi nelle società di capitali, né sulle singole strutture e procedure di “controllo interno” e “gestione dei rischi” presenti nella società per azioni, ma piuttosto sulla costruzione di un *sistema* che ambisca ad aggregare e razionalizzare alcuni tra gli innumerevoli frammenti normativi riservati ai profili *organizzativi* del fenomeno, sia dalle discipline nazionali che dalla prassi internazionale, contribuendo infine al perfezionamento del *modello* di buon governo societario.

Nella prassi delle società quotate, dette strutture e procedure valgono a comporre un'architettura di controllo finalizzata prevalentemente alla identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi d'impresa, ma le singole regole che vi presiedono sono inserite in un contesto molto più ampio e complesso che risale fino allo stesso assetto organizzativo della società e attinge, più in generale, ai modelli di governo societario disegnati dalle *best practices* di rilevanza nazionale e internazionale. Se, poi, si considerano gli obiettivi assegnati ai controlli interni dalla disciplina convenzionale, si rileverà come essi coinvolgano l'intero spettro dell'agire societario, riguardando indifferentemente la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità delle informazioni fornite agli organi sociali e al mercato, il generico rispetto delle leggi e dei regolamenti, nonché dello statuto sociale e delle procedure interne.

L'interprete si trova così dinanzi a un fenomeno dall'indubitabile respiro scientifico che, tuttavia, risulta spesso "imprendibile", perché diluito in una disordinata proliferazione normativa tuttora priva di uno studio monografico di carattere sistematico.

Ciò che potrebbe in parte spiegarsi a cagione di una criticabile frenesia e conseguente incertezza di passo che ormai guidano il legislatore nella scrittura del diritto dell'economia¹. Ma anche in ragione della oggettiva complessità che lo specifico tema di trattazione presenta rispetto ad altri istituti del diritto societario, discostandosene per molteplicità degli interessi in gioco, oltre che per mutevolezza, varietà tipologica e trasversalità delle rispettive ricadute pratiche. Non a caso, la letteratura giuridica lamenta spesso che i legislatori nazionali affrontano il problema attraverso produzioni esasperate di normativa primaria e secondaria, in base alle consuete modalità di reazione a eventi imprevisi, nella specie rappresentati dai noti scandali finanziari degli ultimi tre lustri².

¹JENSEN M.C., *The Modern Industrial Revolution, Exit, and the Failure of Internal Control Systems*, in *Journal of Finance*, 48 (1993), n. 3, 831 ss.; ID., *A Theory of the Firm: Governance, Residual Claims and Organizational Forms*, Harvard, 2000, *passim*.

²Unanime in Italia il coro di lamentele per la mancanza di un approccio unitario al tema: pur nella convinzione che «La materia dei controlli interni nelle società di capitali rappresenta uno dei temi fondamentali, se non il tema fondamentale, della *corporate governance* negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati ... Ritengo che la materia sia lontana dall'aver raggiunto un assetto definitivo soddisfacente» (MONTALENTI P., *Corpo-*

Nel cimentarsi con i frutti di questa progressiva stratificazione delle regole, appare allora corretto recuperare un approccio unitario al tema, riscoprendo nelle radici *organizzative* dell'attività commerciale quella primordiale esigenza di *verifica* dei conti e dei documenti, che a sua volta rinvia al modello elementare di *audit*: ogni qualvolta le risorse economiche di una parte vengano affidate ad un'altra, la debole e inaffidabile natura umana impone una forma di controllo sul loro impiego³.

rate governance e "sistema dei controlli", in *Corporate Governance e 'sistema dei controlli' nelle s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2013, 1 ss.; la produzione di P. MONTALENTI sul tema è assai ampia: v. infatti *Corporate governance, sistema dei controlli interni e ruolo della Consob: da garante della trasparenza a presidio della correttezza della gestione?*, in *Riv. soc.*, 2015, 120 e ss.; *Collegio sindacale, flussi informativi e governo societario. Novità e prospettive*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2015, 10 e ss.; *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, I, 707 e ss.; *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42 ss.; *Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *Giur. it.*, 2013, 2175 ss.; *Il sistema dei controlli nella spa e nella srl: proposte di riforma*, in *Il nuovo diritto delle Società*, 2012, 9 ss.; *Sistemi di controllo interno e "corporate governance": dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 243 ss.; *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, I, 535 ss.; *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 935 ss.; *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in *Analisi giur. ec.*, 2009, 383 ss.; *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 643 ss.; *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, in *Riv. soc.*, 2006, 975 e ss.; *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Le società*, 2005, 294 ss.; *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, 803 ss.; più in generale, cfr. già ID., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, spec. 191 ss.); e ancora: «La sensazione che si ha infatti percorrendo i termini del ricco dibattito recentemente fiorito sui controlli è anzitutto quella di una notevole disomogeneità nelle concezioni che di controllo hanno le diverse voci del coro (tuttavia concorde nel proclamare "troppe regole, nessun sistema"!))» (STELLA RICHTER JR. M., *Il controllo all'interno dell'organo amministrativo*, in *Corporate Governance e 'sistema dei controlli' nelle s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2013, 19 ss.); «È affermazione ricorrente che il sistema dei controlli nelle società con azioni quotate presenti tratti di forte disorganicità e inefficienza e si mostra, sotto molti profili, inadeguato alla complessità della grande impresa moderna» (TOMBARI U., *Amministratori indipendenti, "sistema dei controlli" e Corporate governance: quale futuro?*, *ivi*, 35 ss.); «... il reticolare sistema dei controlli societari vede oggi la compresenza di molti "personaggi in cerca di un coordinatore"» (ABRIANI N., *L'organo di controllo*, *ivi*, 100); sul tema più ampio rappresentato dal coinvolgimento dei valori di sistema, CALVOSA L., *Intorno alla crisi economica: fra diritto, finanza ed etica*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2012, 177 ss.

³ FLINT D., *Philosophy and Principles of Auditing*, London, 1988, *passim*.

La complessità delle attività di controllo e verifica, unita alla conflittualità endemica che caratterizza i rapporti tra *agenti* e *principali*, infatti, ha da sempre comportato che i soggetti deputati ad occuparsene dovessero essere professionalmente qualificati e “terzi” rispetto agli affari vigilati. Le prime manifestazioni delle attività di controllo e verifica consistevano in *revisioni* dei conti, rese inizialmente in forma orale e con struttura interna di giudizio⁴. Con il trascorrere del tempo, e a causa dell’incrementarsi esponenziale della quantità e complessità delle operazioni commerciali, le revisioni si sono evolute in resoconti contabili e relazioni tecniche utilizzate ai fini della dimostrazione della responsabilità dell’autore dei conti.

Già nella società feudale, però, le esigenze legate alla corretta rappresentazione dei conti andavano progressivamente arricchendosi della necessità di attribuire forme, contenuti e procedure verificabili alle decisioni adottate per la gestione dell’impresa commerciale⁵, finché, nel XIII secolo, il processo di *audit* interno giunse a riconoscere un vero e proprio *status* al soggetto depositario dei poteri di verifica e sanzione, che si mantenne per lungo tempo immutato⁶. Allo stesso modo, le navigazioni oceaniche intraprese nei secoli successivi fino alla scoperta del “nuovo mondo” (1492) e, successivamente, fino alla guerra ispanico-olandese che portò al “sacco di Anversa” (1585), non modificarono per molti secoli il modello imprenditoriale, essenzialmente basato sull’iniziativa di mercanti che tentavano di speculare sul commercio delle spezie⁷.

La complessa struttura dei controlli e la veloce stratificazione di molteplici forme e tecniche di verifica iniziò invece ad assumere una fisionomia più definita soltanto nel XVII secolo, attraverso la creazione delle

⁴HACKING I., *The Emergence of Probability*, Cambridge, 1975, *passim* (trad. it. *L'emergenza della possibilità*, Milano, 1987).

⁵MILLS P.A., *The probative capacity of accounts in early-modern Spain*, in *The Accounting Historian's Journal*, XIV, 1 (1987), 95-108.

⁶Per una panoramica delle funzioni e del ruolo attribuito all'*intendente*, NOKE C., *Accounting for bailiffship in thirteenth century England*, in *Accounting and Business Research*, XII, 1981, 137-151; v. STELLA RICHTER M. JR., *Il controllo*, 19 ss., anche per una ricostruzione etimologica del termine “controllo”.

⁷MIGNOLI A., *Idee e problemi nella evoluzione della “company” inglese*, in *Riv. soc.*, 1960, 633 ss.; DOBIIA D., *The Early Evolution of Corporate Control and Auditing: The British East India Company (1600-16430)*, al sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1886945.

prime compagnie commerciali⁸. Con il trasferimento delle risorse dai “proprietari” agli “agenti”, infatti, l’esigenza di verifica dei conti venne inquadrata nell’ambito di una cornice di regole piú ampia, che scontava la conseguita dissociazione tra diritti di proprietà e poteri di gestione, generando la necessità di una partecipazione effettiva dei *soci* ai processi decisionali e di una rendicontazione puntuale sugli affari compiuti⁹. Già in questa fase della storia delle società per azioni, si registrò una profonda divaricazione nella struttura corporativa delle compagnie inglesi e olandesi, che appare significativa ai nostri fini in quanto origine delle tecniche anglosassoni di *audit* e di una certa cultura dei controlli¹⁰.

⁸ Il cammino percorso per giungere alle *chartered companies* ha sperimentato forme previe di aggregazione quali le “gilds”, le “corporations” e le “regulated companies”: WILLISTON S., *History of Business Corporation before 1800*, in *Harvard L. Rev.*, II (1888-1889), 105 ss., distingue le “corporations” dalle “gilds” per essere queste ultime formate soltanto da *domestic traders*, piuttosto che anche da *foreign*. Le “regulated companies”, invece, consistevano in aggregazioni di mercanti muniti di “privilegio al commercio”, ma esercenti gli affari ciascuno per proprio conto. Anche la *East India Company*, fino al 1612-1613, fu una “regulated company” non essendo dotata ancora di *joint stock capital*: EVANS F., *The Evolution of the English Joint Stock Company*, in *Columbia L. Rev.*, VIII (1908), 339 ss.; SCHMITTHOFF M., *The Origin of the Joint Stock Company*, in *Toronto L. J.*, 3 (1939), 74 ss.; COOKE C.A., *Corporation Trust and Company. An Essay in Legal History*, Cambridge, Mass., 1951, 19 ss.; HECKSCHER E.F., *Mercantilism*, I, London, 1935, 373 ss.

⁹ POWER M., *La società dei controlli. Rituali di verifica*, Torino, 2002, 58 ss. (trad. it. di *The Audit Society. Rituals of Verification*, New York, 1997).

¹⁰ Per un inquadramento storico, v. in generale, HOLDSWORTH W.S., *History of English Law*, vol. 8, 2nd ed., London, 1937, *passim*; e poi, senz’altro, SCOTT W.R., *The Constitution and Finance of English, Scottish and Irish Joint Stock Companies to 1720*, vol. 2, Cambridge, 1910-1912, *passim*; CARR C.T., *Law of Corporations*, Cambridge, 1905, *passim*; ID., *Select Charters of Trading Companies*, London, 1913, *passim*; FORMOY R.R., *The Historical Foundations of Modern Company Law*, London, 1923, *passim*; HUNT B.C., *The Development of the Business Corporation in England, 1800-1867*, Cambridge, Mass., 1936, *passim*; DUBOIS A.B., *The English Business Company after the Bubble Act, 1720-1800*, New York, 1938, *passim*; GRIFFITH P., *A License to Trade. The History of English Chartered Companies*, London, 1974, *passim*; GIALDRONI S., *East India Company. Una storia giuridica (1600-1708)*, Bologna, 2011, *passim*; JASANOFF M., *La compagnia delle Indie. La prima multinazionale*, Milano, 2012, *passim*; sulle relazioni ravvisabili tra le *Compagnie* e la moderna società azionaria, ROBINS N., *The Corporation that changed the World. How the East India Company shaped the Modern Multinational*, London, 2012, *passim*; sulla specifica storia della compagnia delle Indie orientali, costituita sotto il nome di *Governor and Company of Merchants of London, trading to the East India*, v. MACPHERSON D., *The History of European Commerce with India*, London, 1832, *passim*; HUNTER W.W., *History of British India*, vol. 2., London, 1899-1900, *passim*.

Da una parte, nella *East India Company* britannica¹¹, troviamo infatti i prodromi di una democrazia assembleare che traeva dalla “*charter*” di incorporazione la legittimazione giuridica affinché le decisioni venissero assunte personalmente dai partecipanti alla *company*, riuniti per eleggere gli amministratori. Costoro, peraltro, avrebbero potuto essere remunerati soltanto nel caso di esito profittevole degli affari. Sicché, il controllo sulla gestione assumeva i connotati di un precipitato implicito dell’aggregazione, sintetizzato nel brocardo hobbesiano per cui, essendo il fine di queste corporazioni «non il comune beneficio (...) ma il guadagno particolare di ciascun speculatore, è giusto che ognuno sia a conoscenza del modo come è stato impiegato il suo denaro, cioè che ognuno appartenga all’assemblea, che avrà il potere di regolare ciò, e abbia cognizione dei conti»¹². La regola concretamente applicata per il raggiungimento del fine voluto, consisteva nell’attribuzione espressa di un diritto di ispezione dei libri della compagnia, da esercitarsi in occasione del rientro delle navi dalla navigazione d’oltre mare, quando gli “azionisti” si riunivano per dare pubblica lettura delle lettere commerciali e per dividere il profitto della vendita delle merci trasportate.

Al contrario, l’organizzazione della *Vereenigde Geoctroyeerde Oostindische Compagnie (VOC)*¹³, risultava rigidamente oligarchica. Essa

¹¹ La Compagnia inglese nacque il 31 dicembre del 1600, dal “Privilegio di fondazione” adottato dalla Regina Elisabetta I, che le conferì la *charter* (o “patente reale”) di riconoscimento del monopolio commerciale da esercitarsi nell’Oceano Indiano (cfr. CIPOLLA C.M., *Storia economica dell’Europa pre-industriale*, Bologna, 1974 (ed. 2003), 233 ss.).

¹² Seppure conosciuto come teorico dello stato assoluto, THOMAS HOBBS (*Leviatano, ossia la materia, la forma e il potere di uno stato ecclesiastico e civile*, trad. it., I, Bari, 1911, 190-191) sosteneva la insopprimibilità di questi «corpi», sia pure intesi come «corpi politici per regolare il commercio», rispetto ai quali «ognuno, il quale arrischia il proprio denaro, possa essere presente a tutte le deliberazioni e risoluzioni del corpo, se vuole». Non si trascuri che la “corporation” veniva ancora considerata una istituzione politica creata per il tramite di un atto di incorporazione: «*a collection of many individuals, united into one body, under a special denomination, having perpetual succession under an artificial form, and vested, by the policy of the law, with the capacity of acting in several respects as an individual (...)*» (KYD J.B., *A Treatise on the Law of Corporations*, London, 1793, 13).

¹³ La Compagnia nacque il 20 marzo del 1602, per fusione di sei precedenti piccole compagnie e per volere delle corrispondenti camere (Amsterdam, Middelburg, Enkhuijen, Delft, Hoorn e Rotterdam) riunite negli Stati Generali d’Olanda, al fine di contrastare la estromissione dagli approvvigionamenti di spezie, che si svolgevano presso i porti di Cadice e Lisbona. La supremazia spagnola e la sottomissione dei portoghesi spinse l’O-

era una promanazione della politica legislativa del tempo, che induceva una dissociazione formale tra proprietà e gestione. Mentre, infatti, nella compagnia inglese, gli amministratori erano essi stessi mercanti, in quella olandese i direttori (*bewindhebbbers*) provenivano dall'amministrazione statale e gestivano la compagnia su incarico di un ristretto gruppo di azionisti ("partecipanti principali"), titolari di un diritto esclusivo di elezione riconosciuto dall'atto normativo di fondazione della società (*octrooi*). Ebbene, anche l'*octrooi* olandese del 1602 prevedeva una periodica chiusura dei conti, con obblighi di rendicontazione a carico degli amministratori e diritti sociali di accesso ai documenti contabili ai fini della ripartizione della eventuale eccedenza dell'attivo sul passivo¹⁴.

Tuttavia, sia pure per ragioni diverse, in entrambi i casi la serie dei controlli interni a vario titolo previsti per finalità essenzialmente di *accountability*, finirono per essere sterilizzati: a) nel caso delle compagnie inglesi, il livello di democraticità inizialmente impresso dalla "patente reale" – e concretamente legato al meccanismo del voto capitarario – fu rapidamente eroso nel 1657 da una nuova regola di sottoscrizione del *joint stock*, fondata sulla proporzione tra investimento e voto e sulla fissazione di soglie capitalistiche di legittimazione all'esercizio dei diritti di controllo; b) le compagnie olandesi, invece, pur mantenendo tendenzialmente inalterato l'assetto delle regole sulla rendicontazione, semplicemente omet-

landa a reperire direttamente le spezie presso i paesi di origine. Sicché fu concesso alla "VOC" il privilegio del commercio monopolistico nei mari dell'Asia. È coeva alla espansione commerciale degli olandesi la pubblicazione del *Mare liberum* (1609) di UGO GROZIO (in realtà, non altro che il cap. XII del *De jure praedae*, rivisto ad uso di difesa del diritto olandese di trafficare per i mari orientali; in difesa della propria tesi, v. poi ID., *Defensio capituli quinti Maris Liberi oppugnati a Guilielmo Welwodo*, in *Mare clausum. Bijdrage tot de geschiedenis der rivaliteit van Engeland en Nederland in de zeventiende eeuw*, Amsterdam, 1872, 331-361), il cui contributo è notoriamente posto a fondamento giustificativo della teoria del libero attraversamento delle acque, in quanto considerato *ius gentium*. A fronteggiare le teorie di U. Grozio, secondo una semplificazione unanimemente accettata, stavano gli scritti di John Selden, sostenitore della teoria del dominio dei mari propugnata dai sovrani Stuart (SELDEN J., *Mare clausum seu de dominio maris libri duo*, London, 1635, *passim*), nonché le opere dello scozzese e fedele suddito di Giacomo I, WILLIAM WELWOD (tra cui, v. *An abridgement of all sea-lawes*, London, 1613, *passim*), o del mercante GERARD MAYNES (*Consuetudo vel Lex mercatoria or the ancient law merchant*, London, 1622, *passim*).

¹⁴ Cfr. ASHER G.M., *A bibliographical and historical essay on the dutch books and pamphlets relating to the New-Netherland and the dutch West-Indische Compagnie*, Amsterdam, 1854, *passim*.

tevano di rispettarle, sottraendosi ai controlli pretesi dai soci e invocando la ragion di Stato, se non ricorrendo a veri e propri sotterfugi¹⁵.

Limitando l'osservazione al modello inglese, finché il tasso di democraticità impresso dalla *charter* di "incorporazione"¹⁶ rimase alto, i pro-dromi della moderna architettura dei controlli interni risultavano assai evidenti:

a) anzitutto, veniva espressamente regolata l'attività degli *auditors*, i quali non svolgevano soltanto funzioni di mera revisione contabile¹⁷, ma anche di più penetrante indagine rispetto alla corretta applicazione del regolamento della "compagnia" (*The lawes or standing orders of the East India Company*)¹⁸; di fronte agli *auditors*, i *treasures* dovevano dare

¹⁵ MIGNOLI A., *Idee e problemi*, cit., 642, ove l'A. riferisce che «alle pressanti richieste di rendiconto, avanzate nel 1621 dagli azionisti, gli amministratori, coscienti della loro potenza e dell'appoggio degli Stati Generali, risposero che gran parte dei registri si trovava nelle Indie e che la guerra con la Spagna non permetteva la divulgazione al pubblico di notizie concernenti la situazione di stabilimenti lontani». Malgrado nel 1622 un nuovo *octrooi* avesse obbligato gli amministratori a rendere il conto almeno ai "principali partecipanti", secondo lo stile e la forma correnti tra i commercianti, ossia "porte e finestre aperte", gli amministratori «continuarono nella loro politica: nascosero i registri delle Indie, affermarono che altri erano andati distrutti, e si limitarono a consegnare qualche libro, in cui era assolutamente impossibile controllare l'esattezza delle cifre. Dopo una lunga lotta gli azionisti dovettero alla fine capitolare e, quando nel 1647 fu per la seconda volta rinnovato il privilegio, non si parlò più di "rendiconto, porte e finestre aperte"».

¹⁶ Sempre di grande interesse, per la nozione di "incorporazione" della massa degli individui in un unico soggetto di diritti, la lettura di LOCKE J., *Due trattati sul governo* (trad. it.), Torino, 1948, II, cap. XIII, n. 149, 357 ss. e n. 156, 364 s.

¹⁷ Si tratta di un inglese arcaico, ma comprensibile; il regolamento *The lawes or standing orders of the East India Company*, London, 1621, al suo art. II recita: «*Also there shall be a generall Court summoned by the Gouvernour or his Deputy to be kept yearely on the last Tuesday in the Moneth of May, in which Court the Lawes or standing Orders of the Company shall be publicly read, if it be required. And then if there be occasion, or that inquiry be made, the Auditors in the Court of Committees shall satisfie the Company concerning the performance of their said Lawes or Orders*».

¹⁸ «*The said Auditors shall be Sixe in number, and in all occasions of difference for matter of Accompts which concerne the Company, they are to examine and search out the Truth, and to deliuer their opinions vnto the Court, or else to determine and end those causes which shall be referred vnto them*» (art. CCCVII, del regolamento *The lawes*, cit.); «*They shall haue Authority to make Inquirie and ouerse the Affaires of this Company, concerning the performance of all their Lawes and standing Orders*» (art. CCCX); «*They shall carefully take notice of the errors, negligence, obstinacy, or insufficiencie of any man whosoeuer in the Companies businesse*» (art. CCCXI).

pubblica lettura dei debiti della compagnia e procedere al loro pagamento soltanto dopo avere ottenuto l'approvazione dei revisori¹⁹;

b) veniva riconosciuto ai *members* un penetrante diritto di informazione, la cui importanza si ricavava dall'obbligo di lettura pubblica delle lettere commerciali provenienti dalle Indie, da doversi assolvere proprio al rientro delle navi nei porti inglesi; inoltre, si imponeva la convocazione di un'assemblea generale per comunicare e dibattere gli affari della compagnia²⁰;

c) infine, si realizzava una stretta connessione tra poteri di amministrazione ed esigenze di controllo. La competenza a decidere sulla gestione era infatti affidata ad una *court of committees*, che ne pianificava l'organizzazione e il funzionamento, riservandone l'attuazione a singoli *committees*, che dovevano attendervi documentando ogni operazione nei confronti dei *treasurers*²¹, per il successivo *audit* contabile e di legalità. La *court* interveniva direttamente nella gestione della compagnia, emanando ordini e impartendo direttive in base a ciò che fosse «*necessary and convenient, for the good government of the same Company, and of all factors, masters, mariners and other officers, employed or to be employed in any of their voyages, and for the better advancement and continuance of*

¹⁹ «*In the first Court of Committees after every Quarter day, the Treasurers shall bee intreated to signifie in writing what Summes of money the Company are indebted at Interest. And the Auditors shall be then called also to testifie the true and faire passage of the busines, in the behalfe of the Company*» (art. IX, del regolamento *The lawes*, cit.); inoltre, «*At the first Court of Committees after every Quarter day, the Billes of all Expences disbursed by the Gouvernour, Deputy, Treasurer, Committees, and all other inferiour Officers, concerning Boat-hire, Horse-hire, Postage of Letters, Dyet, and all other petty charges in their occasions for the Company, shall be openly read, and after deliuered to the Auditors to be examined, approued and Signed, before any Warrant passe for payment of the saide Expences*» (art. XIV del regolamento *The lawes*, cit.).

²⁰ Ancora, nell'inglese del tempo, «*It is ordered, that vpon receipt of publique Letters from the Indyees, there shall be Courts summoned and continued dayly, by the Gouvernour or his Deputy and Committees, vntill all the said Letters bee openly read by the Secretary, or by any other whome the Court shall appoint*» (art. V, del regolamento *The lawes*, cit.).

²¹ «*They shall deliuer vp to the Treasurer, Billes of parcels vnder written by those persons of whom they shall buy any Marchandize or prouisions for the Company. And in the said Billes, the quantity, quality, price, and all other circumstances concerning the Bargaines made, shall be plainly set downe to vouch their proceedings*» (art. XLVII, del regolamento *The lawes*, cit.).

the said trade and traffic». In caso di trasgressione da parte dei *committees*, la *court* poteva inoltre comminare «*such pains, punishments and penalties, by imprisonment of Body, or by Fines and Amerciaments, or by all or any of them upon and against all Offenders*»²².

Con una progressiva divaricazione tra proprietà e controllo (la prima, avviata verso la parcellizzazione del capitale; il secondo, concentrato nel potere di pochi)²³, le compagnie commerciali subivano così la prima de-

²² Così la *charter* di incorporazione emessa da Elisabetta I il 31 dicembre 1600.

²³ Sarebbe avventato ripercorrere la strada della nascita della moderna società per azioni e dei concetti di “dissociazione tra proprietà e controllo” o di “apatia” dell’azionista; basti in questa sede il rinvio ad alcune opere di riferimento: SMITH A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New York, 1937, spec. libro IV, cap. II, 420 ss.; KEYNES J.M., *La fine del lasciar fare* (trad. it.), Torino, 1936, 328; BERLE A. e MEANS C.G., *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1927, 131; ASCARELLI T., *I problemi delle società anonime per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 17 ss.; e v. già, naturalmente, RATHENAU W., *Vom Aktienwesen*, Berlin, 1917, *passim*.

Come è noto, le linee primordiali del problema possono rinvenirsi nel dibattito intercorso tra Berle e Dodd intorno ai primi anni '30, avente ad oggetto prevalentemente due visioni diverse del rapporto tra *ownership* e *control* nelle società (v. BERLE A., *Corporate Powers as Powers in Trusts*, in *Harvard L. Rev.*, 44 (1931), 1049; ID., *For Whom Corporate Managers Are Trustees?*, in *Harvard L. Rev.*, 45 (1932), 1365; DODD E.M., *For Whom Are Corporate Managers Trustees?*, in *Harvard L. Rev.*, 45 (1932), 1145; ID., *Is Effective Enforcement of the Fiduciary Duties of Corporate Managers Practicable?*, in *Un. Chicago L. Rev.*, 9 (1935), 538). Parallelamente, già da tempo si preparava in Germania il varo del primo *Aktiengesetz* (1937), sulla scorta di un dibattito che portò alla formulazione della c.d. *Gemeinwohlklausel* (§ 70, *AktG*, 1937), secondo cui il *Vorstand* era obbligato, nella gestione della società, a perseguire un benessere comune dell’impresa, dei lavoratori, del popolo e dell’impero (per i termini del dibattito v., tra gli altri, RATHENAU W., *Vom Aktienwesen*, cit., *passim*; HAUSMANN F., *Gesellschaftsinteresse und Interessenpolitik in Aktiengesellschaften*, in *Bank Archiv*, 30 (1930/31), 57; e successivamente, WIETHÖLTER R., *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe, 1961, 36). Dopo la riduzione della *Gemeinwohlklausel* a «norma senza sanzione» (così, TEUBNER G., *Corporate Fiduciary and Their Beneficiaries*, in HOPT K. e TEUBNER G., *Corporate Governance and Director's Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin-New York, 1985, 154), la sua mancata riproduzione nell’*Aktiengesetz* del 1965 ne avrebbe reso solo implicito l’obbligo di osservanza, ovviamente nei limiti di compatibilità con il regime liberale (per le varie opinioni, cfr. STOLLEIS M., *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, 1974, 151; RITTNER F., *Zur Verantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG 1965*, in BALLERSTEDT K. e HEFERMEHL W., *Festschrift für Ernst Geßler*, München, 1971, 146; RAISER T., *Unternehmensziele und Unternehmensbegriff*, in *ZHR*, 144 (1980), 206). In Germania, peraltro, lo sviluppo del

cisiva evoluzione verso il moderno modello di multinazionale, in cui il «capitalismo operante» sarebbe stato sovente sostituito da quello «monetario»²⁴ e la tutela dell'investimento azionario sarebbe stata rimessa alla oligarchia dei revisori, per certi versi addirittura più attrezzata di quella degli amministratori. Nei secoli successivi, una certa ritrosia ad immaginare la società per azioni come impresa commercialmente paragonabile a quella individuale²⁵ e la coerente stagione dei *Reports* e degli *Acts* fondati sul *laissez faire*²⁶ avrebbero consolidato l'idea delle *companies* come «cittadelle del capitalismo, non soggette ad alcuna regolamentazione»²⁷.

Tuttavia, lo snodo problematico che più interessa ai nostri fini si è sviluppato proprio nel momento in cui la dialettica interna alle *companies* e le relazioni tra gli «organi» della società hanno lasciato emergere esigenze di rendicontazione più articolate e, soprattutto, strutture di giudizio più complesse rispetto alla mera *accountability* di reminiscenza feudale. Sia l'*auditing* indipendente, finalizzato alla valutazione circa l'affidabilità della

diritto delle società in diritto delle imprese (così, KUNZE O., *Zum Stand der Entwicklung des Unternehmensrechts*, in *ZHR*, 144 (1980), 100) ha modificato la costruzione della società, da associazione tra azionisti (o *proprietary* di capitale, nell'accezione nordamericana) in coalizione di differenti gruppi sociali (RAISER T., *Das Unternehmen als Organisation: Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre*, Berlin-New York, 1969, *passim*); in tal senso, l'*Unternehmensinteresse* si identifica con quello che riesce a coagulare gli interessi dei differenti gruppi esistenti (KÜBLER F., *Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1994, 224 ss.), ovvero con il criterio legale di riferimento per risolvere eventuali conflitti (HANAU P. e ULMER P., *Mitbestimmungsgesetz*, München, 1981, 457; più in generale, cfr. TEUBNER G., *Unternehmensinteresse*, in *ZHR*, 149 (1985), 470; SCHMIDT K., *Gesellschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, 812 ss.).

²⁴ MARX K., *Il capitale* (trad. it.), Roma, 1955, III, 63 ss., 112 ss.

²⁵ SMITH A., *An Inquiry*, cit., loc. ult. cit.

²⁶ GOWER L.C.B., *Business, in Law and Opinion in England in the 20th Century*, London, 1959, 146: «*General public opinion has always been somewhat antipathetic to the growth of big business and reluctant to see the individual trader ousted by the impersonal corporation*»; si veda in proposito l'*excursus* che muove dal *Bubble Act* del 1720, fino al più maturo *Companies Act* del 1884 e a quello del 1929; e poi il *Gladstone Report* del 1844, il *Committee Report* del 1867, il *Davey Report* del 1895, il *Loreburn Report* del 1906, il *Wrenbury Report* del 1918, il *Greene Report* del 1927.

²⁷ MIGNOLI A., *Idee e problemi*, cit., 667; tributari di Ariberto Mignoli sul tema sono ROSSI G., *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in *Riv. soc.*, 2006, 890 ss.; e GRANDE STEVENS F., *Controlli interni e responsabilità nelle società di capitali*, in *Dir. fall.*, 2012, 251 ss.; v. inoltre, WEIGMANN R., voce *Società per azioni*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, Torino, 1997, vol. XIV, 338 ss.

gestione e la sua capacità di prevenire e gestire i rischi (*compliance* sul *risk management*)²⁸, che l'assetto dei poteri di *monitoring* riservato ai soci investitori²⁹, hanno trovato infatti nel primo cinquantennio dalla fondazione delle "compagnie" la propria radice storica, costituendo i pro-dromi della successiva evoluzione e irrisolta frammentazione dei "sistemi" di controllo interno³⁰.

²⁸ Si veda il caso riportato da SAINSBURY W.N., *Calendar of state papers. Colonial series, East Indies, China and Japan 1617-1621 preserved in Her Majesty's Public Record Office and elsewhere*, London, 1870, 273 ss.: «On January 29 1614, after the funeral of Mr. Hawkins the accounts of Mr Hawkins were ordered to be audited. On 17th of February Nicholas Ufflett, "who is confirmed in the Company's service" reported that Mrs. Hawkins confessed she has one diamond worth 2,000 l. and smaller ones worth 4,000 l., besides other precious stones. Mr. Ufflett promised to bring the book of intelligence and the proceedings of Capt. Hawkins while the Court decided to keep the dispute secret. Between February 18-26, 1614 the debate concerning Mrs. Hawkins stones was resolved and she was presented with 200 jacobas as formerly intended».

²⁹ Si veda ancora un caso riportato da da SAINSBURY W.N., *Calendar of state papers*, cit., 143-181, 321, nel quale la *General Court* dei soci chiedeva conto di alcune operazioni commerciali di cui non risultava traccia: «At the meeting of the General Court on July 25, 1623, Walter Mountford was asked to give an account of his business in Bristol and Ireland. According to rumor, pepper and cloves had been sold from Lesser James (the ship) in Ireland. The presumed amount of this transaction was 1000 l. Mountford was asked to provide details of the transaction, to reveal the parties involved in the transaction and to give an account of all transactions he was involved in that were related to the EIC. He was already late in meeting these requests. When asked about the transaction in question, as well as other business, he excused himself for not remembering much because of the passage of time. However, he was able to remember that he had received approximately 700 l on the company's behalf. He promised to provide all necessary information and documentation in two weeks. Mountford's case struck up another heated discussion about the slackness of the company's officers, the lack of information and the difficulties in obtaining important documents when they were needed. As a result, Mountford was ordered "not be no more employed until he has accounted." This point of the agenda at the General Court ended up with a general conclusion that, in the future, "all their servants so emplyed to account for their disbursements within three, four days, while things are fresh in memory." More than two months later, on November 21, the case of Mountford returned to the Court of Committees. The auditors reported their findings after auditing the documents. They had found all accounts "so intricate and out of order that it will ask a long time to audit them." Mountford's disbursements were not vouched, and according to the auditors, he was supposed to account for 1500 l. The decision was made not to pay any money for salary or any other payment before he accounted for the whole amount. On August 15, 1623, Mountford delivered documentation».

³⁰ Per alcuni concreti esempi inerenti alle funzioni svolte dagli *auditors*, v. BIRDWOOD G., *The Register of Letters &c. of the Governour and Company of Merchants of London trading into East Indies 1600-1619*, London, 1893, *passim*, ma soprattutto ID.,

2. *I controlli interni quali componente essenziale dell'organizzazione d'impresa.* – La costituzione delle “compagnie” ha quindi costituito lo snodo storico intorno al quale si concentrava la costruzione di organizzazioni d'impresa multilivello, che per la prima volta trascendevano la mera gestione individuale, facendo i conti con aggregazioni di interessi sconosciute alle conduzioni personalistiche. Allo stesso modo, l'agire “per conto altrui” superava i tradizionali confini dell'*agency* per confluire entro schemi nuovi in cui l'impresa non era, o non era sempre, strumento diretto di soddisfacimento dell'interesse economico, rappresentando talora soltanto lo sfondo sul quale si addensavano varieguate situazioni giuridicamente rilevanti.

Sotto questo profilo, va probabilmente fatta chiarezza in merito alla relazione ravvisabile tra impresa e controlli. Dalla sua qualificazione giuridica dipende infatti la corretta posizione di alcune premesse interpretative di carattere generale, che consentiranno di superare gli ostacoli generati dal carattere estremamente frammentato della disciplina disponibile.

Mi sembra anzitutto utile chiarire che il piano di emersione dei controlli interni nella fenomenologia dell'impresa non deve considerarsi legato soltanto alla sua dimensione collettiva, ma piuttosto essere qualifica-

The Dawn of British Trade to the East Indies as recorded in the Court Minutes of the East India Company 1599-1603, London, 1886, 99, 107, 146-147: ad esempio, sulla verifica della corretta tenuta delle registrazioni contabili «*Mr Alder Watters Mr Cordell Mr Wyseman Mr Howe and Mr Harryson or any 3 of them are appointed Auditors to receive the Accounts of the Purchesers and to examine the same and as they find the said accounts to stand to certify their opinions to the Committees to find if any thing fall out in the same accounts worth the consideration of the said Committees (the) ordered may be taken therein by them*»; sulla verifica circa la validità e la correttezza di un documento di ricevuta «*Warrant is given to mr Ald Bannyng to pay to John Gover, for viij hh. of Aquavite cntg 482 gallons (of Aquavitea) the some of ninty six pounds viij at iiij the gallon /in full payment. It is ordered that the Treasurer accounts shall be passed with all expedition and to see what money have been paid in by the adventurers and what remains in their hands. To find that is their to want of money witch cannot be otherwise supplied then by the increase of the general adventure, that then the generality may be called together and their is appointed for Auditors. Mr Cordell mr Style. Mr Wyseman. Mr Harrison*»; e per verificare la correttezza di un pagamento «*Order is given to Alden Hollyday to pay unto Henry Ryvelle Coop for Caske in full payment of him accounts audited by Mr Chambers and Mr Harryson the some of threescore and one pounds. The like order is given him to pay unto Jon Hardway Coop for Caske in full payment of his account audited and allowed by Mr Wm Chambers and Mr Wm. Harryson the some of fifty and seven pounds fifteen shillings. It is agreed that mr Cordell mr Wyche and mr Bell shall proceed in the auditing of the Pursers accounts and all other accounts related to the red dragon*».

to come connaturato alla esistenza stessa dell'impresa e a prescindere dalle sue "forme" di organizzazione. Se qualsiasi attività umana consapevole e cosciente genera processi di valutazione, verifica e ripensamento, a maggior ragione l'attività d'impresa trova nei controlli interni una delle sue più coerenti manifestazioni dell'agire. Osservati sotto questa luce, può ben dirsi che i controlli interni assumono non altro che la dimensione di profili particolari di un'attività più ampia, recepiti nel nostro diritto positivo quale componente implicita dell'elemento legale della "organizzazione", di cui all'art. 2082 c.c.³¹.

³¹ L'ordinamento comunitario offre una nozione d'impresa polimorfa e relativa, difficilmente utilizzabile per trarne caratteristiche uniformi e generali (cfr. AFFERNI V., *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, Milano, 1973, 130 ss.).

Invece, dalla comparazione con altri diritti positivi europei, emergono dati interessanti nel senso della centralità dell'organizzazione: nel diritto tedesco, manca una definizione unitaria di impresa (*Unternehmen*). La riforma del codice di commercio del 1998 (*Handelsrechtsreformgesetz* del 22 giugno 1998), modificando i §§ 1-6 *HGB*, ha peraltro introdotto una definizione di commerciante (*Kaufmann*), che si è avvicinata alla nostra nozione di imprenditore *ex art.* 2082 c.c. La nozione di *Unternehmen*, ravvisata dalla dottrina in qualunque organizzazione economica e a prescindere dal concorso di ulteriori elementi di qualificazione nei diversi settori in cui si fa ricorso ad essa, si caratterizza per l'ampiezza e la pluralità dei significati, per la coesistenza di elementi oggettivi e soggettivi, per l'assenza di distinzione tra impresa e azienda, per l'irrelevanza dello scopo di lucro, della durata e del tipo di organizzazione, per l'adattabilità ad esigenze di economia pubblica o meno (cfr. HEYMAN E. e EMMERICH V., *Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1995, *Buch 1. Einleitung*, 2 *Aufl.*); nel diritto francese, la tradizionale impostazione basata sull'*acte de commerce* individua l'attività dei commercianti come assoggettata al *Code de commerce* e al competente tribunale. La dottrina francese ha iniziato ad individuare la nozione di *entreprise* soltanto dalla fine degli anni '50, senza elaborare una concezione unitaria, ma limitandosi ad osservare le diverse manifestazioni rilevanti sul piano economico (cfr. già DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, Paris, 1957; LE CANNU P., *Droit des sociétés*, Paris, 2003; interessante il pronunciamento della Cour de cassation, chambre social, 22 janvier 2002, Société Entremont, secondo cui l'impresa costituisce «un ensemble organisé des personnes et d'éléments corporel ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre»). La resistenza ad una autonoma rilevanza giuridica dell'impresa è stata determinata soprattutto dalla persistenza, nel diritto francese, del principio di unità del patrimonio, che per lungo tempo ha indotto un legame rigido e formale tra l'impresa e la responsabilità illimitata del singolo imprenditore, ma che non è ovviamente ostile ad una rilevanza dell'attività di controllo quale elemento di un'organizzazione anche minimale.

Nei Paesi di *common law*, la teoria dell'impresa accetta in modo del tutto consuetudinario che il ruolo del *monitoring* e degli *internal controls* sia efantizzato per le finalità di miglioramento del *business*, a prescindere dalla forma di organizzazione prescelta (v. ALCHIAN A.A. e DEMSETZ H., *Production, Information Costs, and Economic Organiza-*

Basterebbe muovere dall'affascinante scambio di corrispondenza tra Francesco Carnelutti, Lorenzo Mossa e Alberto Asquini sulle *nuove posizioni* del diritto commerciale e dalle rispettive declinazioni di pensiero sul tema dell'azienda, per poter affermare la sussistenza di un indissolubile legame giuridico (oltre che economico) tra l'impresa (anche e anzitutto individuale) e l'attività di controllo interno sui processi produttivi e gestionali³². E il discorso non muterebbe, ove si prendesse a modello il limpido pensiero di Giuseppe Auletta, che lasciava sfumare le distinzioni sulle componenti oggettive di impresa e azienda attribuendo centralità all'elemento soggettivo della fattispecie e all'impulso organizzativo dell'imprenditore³³. Allo stesso modo, senza ovviamente addentrarsi nel denso dibattito teorico richiamato e nei suoi infiniti corollari, l'intima coerenza ravvisabile tra "attività di controllo interno" e "organizzazione" testimonia ancora una volta l'opinione largamente condivisa secondo cui non è necessario che vi sia esercizio "attuale" perché sussista già un'impresa, potendo essere sufficienti allo scopo alcuni significativi atti di organizzazione, tra i quali non esiterei ad inserire proprio la predisposizione e la implementazione dei controlli interni³⁴.

tion, in *American Ec. Rev.*, LXII, 5 (1972), 777-795; JENSEN M.C., *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Fin. Ec.*, 3 (1976), No. 4, 305 ss.).

³² V. il dibattito pubblicato sulla *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 65 ss., con il titolo *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*; scriveva Carnelutti rivolgendosi a Mossa: «Se ti dico l'impresa è l'azienda in atto (o in movimento, se meglio ti piace) e l'azienda, viceversa, l'impresa in quiete, ti persuade un poco di più? Se ti vuoi persuadere del tutto, ragiona col paragone della fotografia e della cinematografia, del quale mi sono servito nella *Teoria generale*». E naturalmente v. MOSSA L., *Tratto del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, I, *Il libro del lavoro. L'impresa corporativa*, Milano, 1942, 337 ss.; ASQUINI A., *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, 429 ss.

³³ AULETTA G., voce *Azienda*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, 1.1. Sarebbe impossibile offrire un'idea compiuta delle differenti voci che si sono espresse sul punto; rimanendo al tema focale rappresentato dalla nozione di "organizzazione", si vedano i fondamentali contributi di BIGIAMI W., *La piccola impresa*, Padova, 1947, 83 ss.; CASANOVA M., voce *Azienda*, in *Dig. it. disc. priv. - Sez. comm.*, IV ed., II, Torino, 1987, 77 ss.; SPADA P., voce *Impresa*, in *Dig. it. disc. priv. - Sez. comm.*, IV ed., II, Torino, 1992, 68.

³⁴ Per la non necessità dell'esercizio attuale dell'impresa ai fini della qualificazione di un complesso di beni come azienda, v. senz'altro PETTITI D., *Il trasferimento volontario dell'azienda*, Napoli, 1975, 186 ss.; COLOMBO G.E., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979,

Certo, può agevolmente comprendersi come la complessità dei controlli debba risultare direttamente proporzionale alla dimensione economica dell'impresa, raggiungendo architetture massimamente sofisticate nei gruppi societari multinazionali. Questa lettura, essenzialmente basata sulla opportuna valorizzazione di un certo "neo-istituzionalismo coasiano"³⁵, potrebbe tuttavia apparire concentrata sulla valutazione di adeguatezza o idoneità che i controlli devono superare nel contesto concretamente osservato e non, piuttosto, sulla forma giuridica attraverso la quale

30 ss.; TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, v. 18, t. IV, Torino, 1980, 5 ss.; più recentemente TOMMASINI R. e GALLETTI M., *Statuto dell'impresa e azienda. Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, 215 ss.

³⁵ Come largamente noto ai cultori dell'analisi economica del diritto, si deve essenzialmente agli studi di Ronald Coase l'affermazione di un legame inscindibile tra le relazioni organizzative interne all'impresa e la proiezione esterna della stessa. Secondo l'impostazione coasiana, dette relazioni (sinteticamente definite "costi di transazione") rappresentano la ragione dell'esistenza di una struttura di diritti; di talché, ad esse spetta la spiegazione circa la *necessità* e le *forme* del passaggio dell'impresa da uno *stato di natura* a un *sistema giuridico*: «... il più importante adattamento all'esistenza dei costi di transazione è l'emergere dell'impresa ... sebbene si possa produrre in modo completamente decentrato per mezzo di contratti tra gli individui, il fatto che si debba sostenere un costo per queste transazioni fa sì che delle imprese emergano per organizzare ciò che altrimenti si sarebbe ottenuto tramite transazioni di mercato ogni volta che il costo dell'impresa compra, produce o vende» (così, COASE R., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, 47, ove sono raccolti anche gli altri scritti fondanti il quadro teorico dell'A.: *The Nature of the Firm*, 73 ss.; e *The Problem of Social Cost*, 199 ss.).

I costi di transazione (sintetizzabili in «costi di ricerca e informazione, costi di decisione e contrattazione, costi di controllo per l'adempimento del contratto», così DAHLMAN C.J., *The Problem of Externality*, in *Journal of Law and Economics*, 22 (1979), 148 ss.) sono sempre associati a tre classi di circostanze in cui la presenza di informazioni private costituisce una condizione determinante: a) la prima classe concerne l'incapacità *ex ante* dei soggetti di descrivere in modo esauriente l'insieme degli stati del mondo e di associare a ciascuno di essi un particolare profilo di azioni; essa identifica le condizioni genericamente definite in letteratura come «razionalità limitata»; b) la seconda – relativa ai quei contesti nei quali, benché i soggetti sociali siano in grado di descrivere esaurientemente *ex ante* stati del mondo e profili di azioni non è verificabile da terzi soggetti (per esempio, un giudice) – riduce essenzialmente il costo di transazione essenzialmente ad un costo di sanzione; c) la terza è infine connessa con le difficoltà intrinseche del processo di contrattazione. Poiché ogni coordinamento sociale (mercato, istituzione, organizzazione) utilizza risorse per internalizzare gli effetti esterni associati ad ogni azione socialmente rilevante dei soggetti, è il costo comparato del ricorso a ciascuno di tali meccanismi in ogni situazione contingente che determina l'emergere dello specifico assetto istituzionale al quale i soggetti sociali affidano, in quella fattispecie, il coordinamento del loro operare.

l'impresa si organizza. Altro é, insomma, affermare che l'adozione dei controlli debba dipendere dalla previa esistenza di una *società* (di capitali), la cui dimensione consenta di tarare struttura, ampiezza e qualità dei controlli; altro è sostenere, come a mio avviso è corretto fare, che l'impresa, in qualsiasi *forma giuridica* venga organizzata (e, quindi, sia individuale che collettiva), per essere conforme al suo schema legale deve necessariamente possedere un sistema di controlli interni, la cui semplicità o complessità fungerà esclusivamente da misura di adeguatezza o di *compliance* del sistema stesso. In termini di disciplina di diritto nazionale, infatti, si osserverà come la previsione obbligatoria di un sistema di controllo interno o la conformità alle disposizioni di settore (appunto, la *compliance*) riguardi essenzialmente le imprese societarie (v. anzitutto gli artt. 2381, 2043, 2409-*novesdecies*, 2409-*undecies*, del codice civile; gli artt. 149 e 150 del d.lgs. n. 58/1998; e poi le disposizioni speciali in materia di intermediari finanziari, di banche e di assicurazioni, sulle quali v. oltre), lasciando che nelle imprese individuali, nelle società di persone e a responsabilità limitata l'attività di controllo interno debba considerarsi *per implicito* compresa nel requisito generale della "organizzazione" imprenditoriale (art. 2082 c.c.) o dell'attività economica esercitata³⁶.

Salvo l'approfondimento successivo, in termini generali ritengo si possa affermare che, se da un lato le "discipline" dei controlli sono ovviamente riservate a soggetti giuridici espressamente selezionati dal legislatore, per altro verso una attività di controllo interno deve considerarsi non soltanto quale elemento *normalmente* intrinseco a qualsiasi impresa (e, probabilmente, a qualsiasi attività umana), ma – ed è questo l'aspetto che interessa mettere in luce – *presupposto legale* di ogni organizzazione d'impresa. In tal senso, si può certamente comprendere come la fattispecie di cui all'art. 2082 c.c. si consideri arricchita non tanto di un elemento nuovo, quanto di una nuova *qualità* dell'organizzazione, intesa – questa sí – come elemento essenziale della fattispecie legale.

Sul piano interpretativo, la conseguenza immediata sarebbe quella di considerare non conforme al modello legale, perché *non organizzata* nel

³⁶ Il problema di prevedere controlli interni per attività economiche non puramente imprenditoriali intestate a soggetti collettivi può porsi, ad esempio, per le società professionali o tra avvocati (uno spunto in tal senso proviene dalle previsioni, ormai invero "sopite", della c.d. "riforma Rordorf", per cui cfr. cap. III).

senso indicato, l'impresa sfornita di un sistema di controlli interni, ovviamente di complessità anche minimale, purché *adeguata* alle dimensioni dell'impresa o al suo settore di attività³⁷.

Ritengo cioè che, ove si accetti di far retrocedere la rilevanza dell'obbligo di predisposizione dei controlli interni fino alla soglia di emersione dell'impresa individuale e concentrando le tipiche attività di *verifica* e *valutazione* sul criterio di *adeguatezza* degli stessi, si possano ottenere alcuni risultati apprezzabili sia in termini di interpretazione della fattispecie, che di proficuo inspessimento della nozione giuridica di "organizzazione" d'impresa, normalmente esaminata dalla nostra dottrina limitatamente ai problemi di inizio e cessazione dell'attività, di imputazione giuridica degli atti, o di qualificazione della attività medesima³⁸, e ciò anche nella prospettiva che qui intendo proporre – peraltro cogliendo la felice intuizione di autorevole dottrina³⁹ –, ossia quella di estendere all'impresa

³⁷ Affermazione che sembrerebbe confermata da una (assai discutibile) estensione generalizzata dell'obbligo di istituire "assetti adeguati" contenuto nella recente legge n. 155 del 19 ottobre 2017, di "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" (c.d. "riforma Rordorf").

³⁸ Sarebbe arduo e fuorviante riproporre il problema in questa sede; basti il rinvio ad alcune opere di riferimento in tema: AFFERNI V., *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, Milano, 1973, 43 ss.; JAEGER P.G., *Note critiche sull'inizio dell'impresa commerciale*, in *Riv. soc.*, 1966, 755 ss.; ID., *La nozione d'impresa dal codice allo statuto*, Milano, 1985, 55 ss.; cfr. senz'altro BUONOCORE V., voce *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir. (Annali)*, I, Milano, 2007, 760 ss.

³⁹ Mi riferisco a FERRO LUZZI P., *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, cit. 115 ss., il quale afferma «A me sembra innanzi tutto evidente che nell'organizzazione dell'agire di impresa, cioè nella sua programmazione e attuazione della catena, della sequela decisione-esecuzione che articola il continuo di tale agire, particolare attenzione debba essere data alle decisioni che, via via calando di importanza più si scende a valle del progetto imprenditoriale di base, investono, concernono momenti rilevanti per l'efficace attuazione del progetto stesso, per il risultato che l'azione è diretta a realizzare»; e ad ANGELICI C., *Conclusioni*, in *Corporate Governance e 'sistema dei controlli' nelle s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2013, 267 ss., spec. 272, secondo cui la centralità assegnata dal legislatore agli assetti amministrativi, organizzativi e contabili non sarebbe propria soltanto della società «ma evidentemente, se ben si riflette, dell'impresa», precisando che si tratta di «funzioni che necessariamente sono comprese in quella generale imprenditoriale e che nella società per azioni, a differenza di quanto avviene con altri modelli organizzativi (si pensi, all'estremo opposto, all'impresa individuale) assumono rilevanza non semplicemente mediante l'attribuzione di mansioni ai collaboratori dell'impresa, ma articolandosi sulla base di un predefinito disegno organizzativo e così in uffici anche formalmente e all'esterno rilevanti». L'A. sviluppava più ampiamente il suo pensiero già in *Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civ. e comm.*, già dir. da A.

in sé la stessa relazione di intrinseca necessità che caratterizza i controlli interni e le società azionarie.

Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, cont. da P. Schlesinger, *La società per azioni*, I, Milano, 2012, 345 ss., spec. 357 ss.; e vedi ora, sempre di ANGELICI C., *In tema di rapporti fra "amministrazione" e "controllo"*, in ABBADESSA P. (a cura di), *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, Torino, 2015, 145 ss.

In una direzione parzialmente diversa, va l'opinione di altra autorevole dottrina. Secondo MONTALENTI P., *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno*, cit. 822, secondo cui «La crescente complessità dell'organizzazione aziendale impedisce ormai, sul terreno tecnico prima ancora che sul terreno giuridico, di concepire il potere degli amministratori come potere *diretto* sulle decisioni d'impresa», il che sembra spingere l'A. a considerare appunto i controlli interni come necessitati dalla complessità tipica delle società azionarie di più grandi dimensioni. E infatti viene affermato a seguire «Il sistema di controllo interno, reso dunque funzione d'impresa necessaria in ragione della crescente complessità organizzativa, tende ad espandere l'area dei poteri-doveri degli amministratori di vigilanza, controllo e verifica ed è, di conseguenza funzionale alla creazione di un assetto più equilibrato e identificabile del binomio potere/responsabilità degli amministratori». Si cfr. anche l'opinione di IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, spec. 54 ss., e 74 ss., il quale concentra il suo lavoro sull'inquadramento del dovere di corretta amministrazione come cornice entro la quale collocare l'obbligo di realizzazione di adeguati assetti amministrativi, organizzativi e contabili e, in questa logica, anche dei sistemi di controllo interno. Il che si discosta sensibilmente dalla prospettiva da me proposta, che lega alla stessa organizzazione d'impresa l'obbligo di predisposizione di coerenti controlli interni; da ultimo, v. AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi. Nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, *passim*. Cfr. anche, per l'approfondimento su altri aspetti essenziali dell'adeguatezza degli assetti di governance, ZAMPERETTI G.M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005; e MERUZZI G., *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato e l'organizzazione interna della società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, vol. LXI, *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. Meruzzi e G. Tantini, Padova, 2011, 105 ss.; RIOLFO G., *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, vol. LXI, *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. Meruzzi e G. Tantini, Padova, 2011, 139 ss.; cfr. ancora MOLLO G., *Il sistema di gestione informata nella s.p.a. e la responsabilità degli amministratori deleganti*, Torino, 2013, *passim*.

Sulla individuazione di elementi della fattispecie non espliciti, ma coesenziali a essa, v. senz'altro MONTAGNANI C., *Disfunzioni degli organi collegiali e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale*, Milano, 1993, spec. 90 ss.; e CETRA A., *L'impresa collettiva non societaria*, Milano, 2004, spec. 209 ss., entrambi per quanto attiene alla rilevanza dei mezzi propri rispetto all'esercizio dell'impresa, con la differenza che quest'ultimo ritiene essere principio necessario di ogni forma di organizzazione dell'esercizio dell'impresa.

Mi sembra che tale estensione debba effettivamente operare con riguardo a qualsiasi impresa, purché appunto “organizzata”; se ciò è vero, i controlli finiscono per assurgere ad elemento centrale dell’organizzazione interna e, in definitiva, anche a connotato qualificante di qualsiasi *modello* di governo societario, a prescindere dal *tipo* societario prescelto e in quanto caratterizzante in via generale *qualsiasi* sistema di gestione dell’impresa e monitoraggio dei rischi, nonché la definizione di *qualsiasi* struttura gerarchica aziendale⁴⁰. La premessa ricostruttiva dalla quale si intende muovere è, quindi, nella direzione di considerare i controlli come una componente del “sistema impresa”, inteso non soltanto in senso tecnico-aziendalistico – il che appare abbastanza ovvio –, ma piuttosto come sistema delle norme applicabili in via generale all’imprenditore e, quindi, in definitiva come il suo stesso “statuto”⁴¹.

⁴⁰ Cfr. i classici PERRONE V., *Le strutture organizzative d’impresa. Criteri e modelli di progettazione*, Milano, 1990, *passim*; DACCÒ G., *L’organizzazione aziendale*, Padova, 1997, *passim*.

⁴¹ L’affermazione sembra sorretta anche dalle disposizioni della recente legge n. 155 del 19 ottobre 2017, di “Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza” (c.d. “riforma Rordorf”), che, in un assai discutibile impeto di *indistinta* estensione della nozione di adeguatezza degli assetti all’intero diritto dell’impresa, ha previsto all’art. 14, lett. b) il dovere dell’imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l’adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale. Il che crea alcune perplessità, soprattutto in ordine alla concreta coerenza che bisognerebbe assicurare tra i sistemi di rilevazione della crisi e le dimensioni dell’impresa, che talora possono risultare minime; con la conseguenza che risulterebbe sproporzionato e inefficace il rimedio (presumibilmente, la responsabilità gestoria) rispetto al problema (la prevenzione della crisi).

Mi sembra più importante sottolineare, però, come i “controlli” possano considerarsi elemento della fattispecie legale, piuttosto che soltanto connotato valutativo della responsabilità d’impresa e, in tal senso, elemento deterrente nell’ambito della creazione di un’auspicabile cultura d’impresa; cfr. il pensiero di BUONOCORE V., voce *Impresa (dir. priv.)*, cit., 808 ss., il quale, primo tra gli autori che si sono cimentati sul punto, ha affermato che l’introduzione dell’art. 2381 ha comportato il riconoscimento per via ordinamentale della estensione del principio di “adeguatezza” amministrativa a tutte le imprese, anche non societarie. Ne deriva una serie di corollari che rilevano, anzitutto, sul piano della responsabilità, «perché il terreno applicativo è quello della responsabilità da “inadeguatezza organizzativa, amministrativa, contabile, patrimoniale, tecnica” ovvero, accettando una certa impostazione, della responsabilità da “inadeguatezza organizzativa” *tout court*, e quindi coinvolge i temi della gestione e dell’interesse sociale e, solo tangen-

3. Segue: *i controlli interni e la moderna corporate governance*. – Negli ordinamenti di *common law* la spinta impressa dal fenomeno delle “compagnie” è andata radicando una profonda cultura dei controlli interni, essenzialmente finalizzata alla prevenzione delle *fraudes* e coerentemente culminata, in Inghilterra, con l’emanazione del criticato *Bubble Act* del 1720 e molto dopo, negli Stati Uniti, con i primi *Securities Act* del 1933 e *Securities and Exchange Act* del 1934, non a caso tutti successivi a profonde crisi economiche e finanziarie⁴². Secondo queste impostazioni giuridiche – nel tempo calibrate soltanto in relazione al maggiore o minore trasferimento di poteri sull’autorità amministrativa o giudiziaria⁴³ –, i controlli interni venivano svolti dentro la struttura societaria, ma al di fuori delle sue componenti “organicistiche”, ossia attraverso gli stessi apparati aziendali o mediante la consulenza di figure professionali esterne⁴⁴.

Al contrario, il costume giuridico continentale ha usualmente prediletto forme di controllo interno integranti funzioni e poteri riservati alla

zialmente, quello della concorrenza» (così a p. 807, citando ancora BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5).

⁴²Non va trascurato che – al pari dei posteriori *Acts* americani indotti dalla crisi del 1929 – anche il *Bubble Act* fu concepito al fine di reagire alla crisi provocata dal crollo della borsa inglese del 1720, avvenuto a causa delle forti speculazioni sui titoli della *South Sea Company*. Il *Bubble Act* presentava un forte carattere repressivo, subordinando la creazione delle società per azioni ad una decisione adottata addirittura dal parlamento. Si impediva così la formazione delle *Bubbles*, ossia di società di dimensioni minori finanziate da risparmiatori sulla base di progetti spesso truffaldini e fantasiosi (per una panoramica, DUBOIS A.B., *The English business company after the Bubble Act 1720-1800*, London, 1938, *passim*).

⁴³Emblematico il caso delle molte revisioni del *Sarbanes Oxley Act* del 2002, emanato sull’onda emotiva degli scandali finanziari («*an Act To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes*») e poi del più recente *Dodd Frank Act*, a sua volta adottato per reagire alle crisi del 2008 («*an Act to promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end “too big to fail”, to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes*»). Sul tema, v. anche FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, vol. 3, 5 ss., ove ulteriori riferimenti alla nt. 11.

⁴⁴Esempi sofisticati di elaborazione di buone pratiche nell’ambito dei controlli interni sono rappresentati, anzitutto, dal c.d. *Cadbury Code* inglese del 1992, ossia il *Report*

competenza di appositi “organi”, cui attribuire compiti di verifica (formale o sostanziale) della conformità dell’attività gestoria al modello legale.

In ogni caso, l’approdo alla regolazione delle tecniche di verifica è sovente avvenuto sull’onda emotiva prodotta dalle cronache finanziarie, come tale non idonea a consentire un’adeguata maturazione dei processi di produzione normativa e, anzi, causa primaria dell’inestricabile “reticolo” di rituali e procedure, che sovrasta la sistemazione della materia⁴⁵. Sicché, consapevoli di questa difficoltà di contesto, si intenderebbe proporre un avanzamento nella già meritoria opera di catalogazione dei molteplici controlli interni, procedendo nella acquisizione di alcuni elementi di valenza ermeneutica considerati rilevanti ai fini della composizione del ricercato “sistema”, sia pure limitando la ricerca ai profili organizzativi della società per azioni “atomo” e lasciando sullo sfondo sia gli aspetti legati alla sua eventuale appartenenza a un gruppo, che gli altri derivanti dall’insorgere di eventuali responsabilità gestorie.

Esaminata la genesi storica del fenomeno, può affermarsi che la domanda di “controlli” afferisce per sua natura a una struttura complessa come la *company* e risulta direttamente proporzionale alla varietà delle relazioni di potere che la caratterizzano. Nel momento stesso in cui, infatti, la gestione di alcune risorse viene affidata ad altri e la verifica circa l’utilizzo delle stesse viene sottratta ai proprietari, si genera un circuito di informazioni almeno trilaterale che, in base alle dimensioni della struttura organizzativa e alla diffusione dei suoi affari, può a sua volta moltiplicarsi a dismisura⁴⁶. Una volta superato il livello minimale di *accountability*, infatti, l’esposizione dell’impresa a eventi esterni, il suo posizionamento di mercato, il settore di attività in cui opera, l’appartenenza ad organizzazioni complesse di grado superiore e, secondo quanto si tenterà di dimo-

presentato dalla commissione presieduta da Adrian Cadbury per la regolazione dei *Financial Aspects of Corporate Governance*, oggi evolutosi nell’ultima versione del *UK Corporate Governance Code*; in secondo luogo, il c.d. *CoSo Report* nord-americano del 1992, ossia il risultato dei lavori della *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*, pubblicato con il titolo *Internal Control - Integrated Framework*, Jersey, 1992, oggi progressivamente revisionato fino alla versione del 2013.

⁴⁵ Cfr. BIANCHINI M. e DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell’arte*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, Milano, 2010, 3 ss.

⁴⁶ Cfr. RHODES R.A.W., *The hollowing out of the state. The chancing nature of the public service in Britain*, in *The Political Quarterly*, LXV, n. 2, 138 ss.

strare, anche la sussistenza di situazioni di *stress* economico-finanziario, sono in grado di incidere in modo determinante sulla individuazione delle informazioni da ottenere, sulla quantità e qualità delle verifiche da realizzare e, quindi, sulla ampiezza e profondità dei controlli interni da eseguire e dei risultati da restituire.

Osservati in questo contesto, i controlli societari interni possiedono tutti una base comune: hanno come oggetto la gestione e come obiettivo, più o meno diretto, la protezione del *value for money*, ossia del valore dell'investimento realizzato dal socio. Ciò perché, anche nel caso in cui la singola attività di controllo sia diretta ad una mera *compliance* fiscale o amministrativa, l'esito ultimo della verifica è quello di assicurare che la società non si esponga a sanzioni che potrebbero deturpare il valore del denaro gestito.

Prima che proliferassero strutture di controllo interno a forte connotazione pubblicistica (si pensi alla materia ambientale, sanitaria, alimentare, o alla sicurezza sui luoghi di lavoro), la nuova matrice dell'attività di *accountability* andava progredendo e assumeva la seguente articolazione funzionale⁴⁷:

a) *economy accountability*, intesa come revisione per l'ottenimento delle migliori condizioni possibili per l'acquisizione delle risorse;

b) *efficiency accountability*, intesa come revisione per l'ottenimento del massimo risultato dall'impiego delle risorse o per la minimizzazione delle risorse a parità di risultato ottenuto;

c) *effectiveness accountability*, intesa come revisione sulla conformità dei risultati alle intenzioni definite nei programmi strategici.

Osservando l'agire imprenditoriale in una prospettiva doverosamente dinamica, la mutata fisionomia dei controlli ha dunque accompagnato il progresso delle tecniche di gestione dell'impresa, costituendone sotto questo profilo una componente intrinseca. L'idea affermatasi è che qual-

⁴⁷ A dispetto della apparente chiarezza delle definizioni, è unanime il pensiero che, dietro l'attività di controllo interno, si nasconda qualcosa di oscuro, dal significato vasto e spesso ambiguo, la cui rilevanza giuridica si presta ad interpretazioni molto diverse, generando non a caso una crescente offerta di servizi di *accountability*: cfr. FIELDEN J., *Pressure for change in public sector audit*, in HOPWOOD A.G. e TOMKINS C. (a cura di), *Issues in Public Sector Accounting*, Oxford, 1984, 212 ss.; GLYNN J.J., *Value for Money Auditing in the Public Sector* Prentice, London, 1985, 27 ss.

siasi programma d'impresa non possa effettivamente ed efficacemente attuarsi, se non perché assistito da una parallela attività di verifica delle azioni intraprese, idonea a restituire valutazioni suscettibili di ulteriore rielaborazione ad uso degli stessi amministratori, prima ancora che degli *auditors*. La progressiva riallocazione della funzione di controllo ne ha così determinato l'evoluzione da mera attività di *revisione contabile* a strumento di autoispezione e, quindi, di autovalutazione dell'azione amministrativa⁴⁸.

Un'evoluzione che può essere temporalmente collocata in corrispondenza delle prime regolazioni convenzionali della gestione manageriale dei rischi e della misurazione dei risultati, ossia i *reports* della *Cadbury Committe* e della *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)*⁴⁹. Attraverso due *codici* coevi (1992), si affacciavano per la prima volta in Inghilterra e negli Stati Uniti approcci regolatori per molti versi assimilabili, che gettano una luce nuova su meccani-

⁴⁸ L'analisi della evoluzione dei controlli, sotto il profilo delle scienze della organizzazione aziendale, rinvia agli studi di DUNSIRE A., *Holistic governance*, in *Public Policy and Administration*, 1990, V, n. 1, 4 ss.; ID., *Modes of governance*, in KOOIMAN J. (a cura di), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*, London, 1993, 21 ss., il quale parla di «regolazione olistica» e sostiene che la forza di un sistema organizzato si regge sullo sfruttamento di forze rivali e antagoniste che si autocorreggono senza il bisogno di meccanismi regolatori pesanti, ma collaborano inconsapevolmente al funzionamento del meccanismo complesso; per le nozioni individuate per descrivere il fenomeno di evoluzione dell'*accountability*, v. anche SIMMONS R. e WYNNE B., *State, Market and Mutual Regulation? Socio-economic Dimension of the Environmental Regulation of Business*, New York, 1994, *passim*, i quali parlano di «riconoscimento reciproco»; TEUBNER G., FARMER L. e MURPHY D. (a cura di), *Environmental Law and Ecological Responsibility. The Concept and Practice of Ecological Self Organization*, Chichester, 1994, *passim*, i quali parlano di «auto-organizzazione»; AYRES I. e BRAITHWAITE J., *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, New York, 1992, *passim*, i quali parlano di «regolazione collaborante»; GRABOSKY P.N., *Organizational Leverage and the Technologies of Regulatory Compliance*, Canberra, 1994, *passim*, il quale parla di «motivazione organizzativa»; KANE E.J., *Reflexive adaptation of business to regulation and regulation to business*, in *Law & Policy*, 1993, XV, 3, 179 ss.; e infine ROSE N. e MILLER P., *Political power beyond the state. Problematics of government*, in *British Journal of Sociology*, 1992, XLIII, 2, 173 ss., i quali parlano di «governamentalità» e pongono una questione centrale dubitativamente (se non negativamente) valevole anche per gli appena citati studi di Andrew Dunsire sulla regolazione olistica, e cioè se le persone che non si autogovernano possano essere, a loro volta, governate dall'esterno (sulla «governamentalità», v. già FOUCAULT M., *L'ordine del discorso e altri interventi*, Torino, 2004, *passim*).

⁴⁹ V. *supra* in questo cap.

smi da tempo immanenti alle scienze aziendali, ma estranei alla tecnica normativa, anche di rango secondario. Il controllo interno assumeva così dignità di strumento di gestione e non più soltanto di *accountability*, divenendo una vera e propria piattaforma di sperimentazione delle buone pratiche di amministrazione e, quale ulteriore sofisticazione, a sua volta oggetto di valutazione di appositi organi societari o *auditors* esterni che ne verificavano l'affidabilità. In questo sviluppo circolare del programma di gestione dell'impresa societaria, tra raccolta delle informazioni, analisi dei dati e adozione delle relative correzioni, stava l'essenza del controllo interno, come inquadrato dai codici di *best practice* dei primi anni novanta.

Si andava così delineando una matrice organizzativa molto precisa, la cui regolazione convenzionale prevedeva espressamente l'individuazione di due forme di controllo interno, e la cui *efficacia* veniva espressamente qualificata come essenziale per una *efficiente* gestione della società⁵⁰:

a) quella di *accounting*: «*Directors are responsible under s. 221 of the Companies Act 1985 for maintaining adequate accounting records. To meet these responsibilities directors need in practice to maintain a system of internal control over the financial management of the company, including procedures designed to minimise the risk of fraud. There is, therefore, already an implicit requirement on directors to ensure that a proper system of internal control is in place*»⁵¹;

b) e quella di *auditing*: «*Since an effective internal control system is a key aspect of the efficient management of a company, we recommend that the directors should make a statement in the report and accounts on the effectiveness of their system of internal control and that the auditors should report thereon*»⁵².

Da queste nozioni emergeva, inoltre, un primo espresso riferimento alla connessione tra la responsabilità dei *directors* e la predisposizione di "appropriate" procedure di minimizzazione del rischio di "frode", la cui

⁵⁰ V. il par. 5.16 della sezione dedicata all'*audit*, nel *Cadbury Code*: «*The Committee is convinced that an effective internal control system is an essential part of the efficient management of a company*».

⁵¹ Così, il par. 4.31 della sezione dedicata al *board* nel *Cadbury Code*.

⁵² Così, il par. 4.32 della sezione dedicata al *board* nel *Cadbury Code*.

adozione veniva appunto elevata a requisito “implicito” dell’apparato dei doveri incombenti sugli amministratori e “aspetto chiave” della efficiente gestione societaria⁵³.

Piú dettagliatamente, il *CoSo Report* prevedeva fin dalla versione del 1992 che il sistema di controllo interno dovesse consistere di cinque componenti correlate, tutte proporzionate agli affari e alle dimensioni della società e, come tali, istituite e implementate dagli amministratori⁵⁴:

a) *Control Environment*, ossia l’organizzazione stessa dell’attività amministrativa, le sue regole, la individuazione della *policy* aziendale, delle competenze, delle regole e relative sanzioni disciplinari;

b) *Risk Assessment*, ossia la identificazione e l’analisi degli obiettivi imprenditoriali, dei rischi che possono ostacolarne il raggiungimento e delle modalità attraverso cui eventualmente gestire il loro verificarsi;

c) *Control Activities*, ossia la individuazione delle procedure che permettono l’attuazione e la verifica delle decisioni amministrative;

d) *Information and Communication*, inerente alle modalità attraverso

⁵³ Secondo l’impostazione culturale che sta alla base del sistema di controllo interno, il funzionamento di quest’ultimo deve essere assicurato da un meccanismo di retroazione che corrisponda formalmente a un determinato potenziale di apprendimento. Le organizzazioni complesse articolano programmi e definiscono procedure per attuare e misurare *performance* rispetto alle politiche stesse. I risultati costituiscono un *feedback* inserito nel sistema sotto forma di *report* e tale da stimolare, se necessario, una risposta correttiva. In questa prospettiva, il sistema di controllo interno viene ad assumere i caratteri di una struttura formale di atti gestionali di proceduralizzazione e auto-osservazione, a loro volta sottoposti ad un controllo di secondo livello (ad esempio, da parte di *auditors*, o appositi organi societari di controllo) mirato ad assicurarne efficienza ed efficacia. La ipertrofia di questa impalcatura è evidentemente indotta dal mercato professionale che si coagula intorno alla sequenza circolare gestione-controllo e che tenta di internalizzare tutti i controlli nell’ambito di una regolazione multilivello con al vertice la supervisione e il potere sanzionatorio: v. sul punto lo studio di RUSSELL P., *Exercising self-control*, in *Accountancy*, 1996, 126 ss.

Per una prima distinzione tra tipologie di controlli, v. STELLA RICHTER M. JR., *Il controllo*, cit., 21, il quale precisa che «a) si danno casi in cui l’organo amministrativo svolge attività di verifica della regolarità o conformità di una funzione; b) si danno casi in cui l’organo amministrativo pone le regole e i parametri atti alla verifica della regolarità o conformità ovvero crea la funzione, ma non cura di verificarne il rispetto della regolarità (che viene affidato ad altro ufficio) ... Nel primo caso il controllo costituisce l’oggetto della attività dell’organo amministrativo. Nel secondo caso il controllo costituisce l’oggetto di un’attività di organizzazione».

⁵⁴ V. il *Report Internal Control - Integrated Framework*, cit., 5 ss. e 16 ss.

cui le informazioni rilevanti devono essere identificate ed elaborate al fine di individuare e comunicare (anche all'esterno della società) le connesse responsabilità;

e) *Monitoring*, in quanto i distinti sistemi adottati per il controllo interno non produrrebbero alcun effetto se non fossero a loro volta sottoposti ad una costante e procedimentalizzata attività di vigilanza, finalizzata a verificarne il funzionamento, le eventuali falle e i correttivi da apportare.

La correlazione ravvisata tra le diverse componenti descritte consente ai nostri fini di ribadire e valorizzare l'approccio originariamente adottato dai mercanti delle "compagnie"⁵⁵, in base al quale il controllo interno costituiva elemento coesistente alla gestione imprenditoriale; come tale, esso appare tanto più efficace quanto strettamente connesso con le strutture gerarchiche aziendali e gli organi societari.

Dovrebbe inoltre risultare più nitida la differenza tra "controllo interno", inteso come funzione generale e astratta di monitoraggio sulla gestione, e "controlli interni", intesi sia come specifiche attività ispettive e di verifica tipologicamente individuate dalla regolazione settoriale, sia per finalità di rilevanza esterna all'impresa (controlli ambientali, sanitari, di sicurezza), che ancora in quanto inerenti a specifici settori interni all'impresa identificati da atti gestionali di organizzazione (controlli contabili, o sugli acquisti, le vendite, la finanza, la disciplina).

4. Segue: *l'esperienza dei codici di best practice*. – A partire dai primi anni novanta, la stagione dei codici di *best practice* ha conosciuto una crescente fortuna – come detto, decisamente amplificata dal verificarsi di molti gravi scandali finanziari⁵⁶ –, dando luogo a nuove regolazioni conven-

⁵⁵ V. *supra* in questo cap.

⁵⁶ Senza entrare nei dettagli della cronaca finanziaria di quegli anni, si ricordino i casi *WorldCom* (U.S.A., 21 luglio 2001), *Enron* (U.S.A., 28 novembre 2001), *Arthur Andersen* (U.S.A., 15 giugno 2002), *Parmalat* (Italia, 24 dicembre 2003), *Refco* (U.S.A., 17 ottobre 2005), *Bear Stearns* (Gran Bretagna, 14 marzo 2008), *Northern Rock* (Gran Bretagna, 22 febbraio 2008), *Lehman Brothers* (U.S.A., 15 settembre 2008), *AIG* (U.S.A., 16 settembre 2008), *Washington Mutual* (U.S.A., 26 settembre 2008), *Royal Bank of Scotland Group* (Gran Bretagna, 13 ottobre 2008), *ABN-Amro* (Olanda, ottobre 2008), *Anglo Irish Bank* (Irlanda, 15 gennaio 2009). Basti in questa sede il rinvio a ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, *passim*.

zionali e all'aggiornamento di quelle esistenti, oltre che alla emanazione di leggi dall'impronta sovente decisamente repressiva⁵⁷. A ragion veduta, può oggi affermarsi che la quasi totalità dei Paesi dotati di un mercato regolato dei titoli azionari⁵⁸ ha adottato una codificazione di "buon governo

⁵⁷ V. *supra* in questo cap.

⁵⁸ È interessante notare che molti dei codici di *corporate governance* sono ormai estesi anche alle società *non-listed* e sovente basati sul *report* emanato nel 2010 dall'*European Confederation of Directors' Associations (ecoDa)*, con il titolo *Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe*, così come è accaduto innanzitutto con uno dei circa trentacinque codici elaborati nel Regno Unito dalla emanazione del *Cadbury Code*, ossia il *Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK* del 2010; allo stesso modo, v. il *Corporate Governance Code for Unlisted Joint-Stock Companies* emanato dal Ministero dell'Economia albanese nel 2008; oppure il *Código de Mejores Prácticas de Gobierno de las Organizaciones para la República Argentina*, preparato dall'*Instituto Argentino para el Gobierno de las Organizaciones* nel 2004 ed esteso espressamente alle società *cerradas*; analoga estensione in Austria, con l'*Österreichischer Corporate Governance Kodex*, predisposto nel 2012 dall'*Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance*; in Brasile, allo stesso modo, il *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa* predisposto nel 2009 dall'*Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC)*; v. anche la *Guide to Corporate Governance Principles in Egypt*, redatta nel 2006 dall'*Egyptian Institute of Directors (EIoD)*; così in Giordania, il *Jordanian Corporate Governance Code for Private Shareholding Companies, Limited Liability Companies & Non Listed Public Shareholding Companies*, redatto nel 2012 dal *Companies Control Department*; in una certa misura, anche il *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* (commissione Böckli del 2002) consente che «*Non-listed economically significant companies or organizations (also in other legal forms) should be able to develop appropriate guidelines from the "Swiss Code"*»; negli Emirati Arabi Uniti, è stato recentemente (2011) introdotto un apposito *Corporate Governance Code for Small and Medium Enterprises (Hawkamah, the Institute for Corporate Governance)*. Tutti i citati documenti sono reperibili nei rispettivi siti Internet istituzionali; v. ancora, in Egitto, la *Guide to Corporate Governance Regulations and Standards*, del 2011, disponibile al sito http://www.ecgi.org/codes/documents/code_egypt_2011_englishtranslation2016.pdf; in Finlandia, il *Finnish Corporate Governance Code*, del 2015, disponibile al sito http://www.ecgi.org/codes/documents/finnish_cg_code_2015_en.pdf; in Islanda, le *Corporate Governance Guidelines*, del 2015, disponibili al sito http://www.ecgi.org/codes/documents/iceland_corporate_governance_guidelines_5th_edition_2015.pdf; in Jamaica, il *PSOJ Corporate Governance Code For Micro, Small or Medium-Sized Enterprises*, del 2016, disponibile al sito <http://www.ecgi.org/codes/documents/PSOJ-MSME-Corp-Gov-Code-Final-February-4-2016.pdf>, nonché il *Code on Corporate Governance*, del 2009, disponibile al sito http://www.ecgi.org/codes/documents/Jamaica_Code_on_Corporate_Governance_Voll_2009.pdf; in Polonia, la *Best Practice for GPW Listed Companies*, del 2016, disponibile al sito http://www.ecgi.org/codes/documents/poland_best_practice_for_GPW_listed_companies_2016.pdf; in Svezia, *The Swedish Corporate Governance Code*, del 2015,

societario” (talora anche codificazioni distinte per esigenze variegata)⁵⁹, nell’ottica condivisa di potere incentivare l’attrazione di capitali stranieri⁶⁰.

disponibile al sito http://www.ecgi.org/codes/documents/svenskkodbolagsstyrn_eng_2015_151124.pdf.

⁵⁹ Anche la Repubblica Popolare Cinese possiede un (invero ancora acerbo) *Provisional Code of Corporate Governance for Securities Companies*, adottato nel 2004 su iniziativa della *China Securities Regulatory Commission (CSRC)* e disponibile al sito http://www.ecgi.org/codes/documents/provisional_cgcode_csrc.pdf.

⁶⁰ V. in Spagna, il *Código unificado de buen gobierno*, adottato per la prima volta nel 1998 su impulso della commissione Olivencia con il titolo *Informe del Comité Olivencia sobre el Gobierno de las Sociedades* (costantemente aggiornato fino, da ultimo, al 2015), il quale già prevedeva al primo articolo dei *Principios Básicos*: «*El artículo 116 de la Ley del Mercado de Valores, fiel al principio conocido internacionalmente como “cumplir o explicar” (comply or explain), obliga a las sociedades cotizadas españolas a consignar en su Informe Anual de Gobierno Corporativo “el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones”. El presente Código formula las recomendaciones que deben considerar las sociedades cotizadas para cumplimentar la obligación de información impuesta por ese precepto. De este modo, la legislación española deja a la libre autonomía de cada sociedad la decisión de seguir o no las recomendaciones de gobierno corporativo, pero les exige que, cuando no lo hagan, revelen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos*» (per tutti, ROJO A., *La protección del los inversores. La reacción legislativa ante los escándalos financieros en las sociedades cotizadas*, in AA.VV., *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Atti del Convegno dell’Associazione G.F. Campobasso per lo studio del diritto commerciale e bancario (Napoli, 27-28 maggio 2005), Milano, 2006, 8 ss).

In Francia, v. il prologo del rapporto curato dalla commissione Vienot del 1996, pubblicato con il titolo *Le Conseil d’administration des sociétés cotées*, e poi i rapporti *Vienot II* del 1999, *Buenot* del 2002 (*Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*), fino all’attuale *Code de gouvernement d’entreprise des sociétés cotées* del 2013, edito dall’*Association Française des Entreprises Privées (Afed)* e dal *Mouvement des Entreprises de France (Medef)*.

In Germania, la pubblicazione del *Deutscher Corporate Governance Kodex* del 2002 (aggiornata nel 2013 e tuttora in corso di revisione) venne preceduta dalla emanazione della *Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)* del 1998, nonché dalle *Corporate Governance-Grundsätze* (‘Code of Best Practice’) für börsennotierte Gesellschaften (frutto dei lavori della “Commissione Baums”) e, nel preambolo, prevedeva che «*Der vorliegende Deutsche Corporate Governance Kodex (der „Kodex“)* stellt wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften (Unternehmensführung) dar und enthält international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung. Der Kodex soll das deutsche Corporate Governance System transparent und nachvollziehbar machen. Er will das Vertrauen der internationalen und nationalen Anleger, der Kunden, der Mitarbeiter und der Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften fördern».

Negli Stati Uniti, le buone prassi sono state affidate, in prima battuta, alla elaborazione dell'American Law Institute, *Principles of Corporate Governance. Analysis and Recommendations*, St. Paul., Minn., 1994, poi seguite da numerosi interventi regolatori convenzionali, tutti dedicati alle *listed companies* e da mettere opportunamente in linea per assicurarne un corretto confronto: il *Report of the National Association of Corporate Directors (NACD) Blue Ribbon Commission on Director Professionalism* del 1996 (revisionato fino al 2011); nel 1997, un'altra associazione, la *Business Roundtable*, che unisce circa 170 CEO delle maggiori società americane, ha emanato lo *Statement on Corporate Governance*, in seguito rivisitato nel 2002 e fino al 2010 con il nome di *Principles of Corporate Governance*; il c.d. *Millstein Report*, emanato nel 1998 (revisionato fino al 2004) dal *Business Sector Advisory Group on Corporate Governance* per conto della *Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD-OCSE)* e intitolato *Corporate Governance: Improving Competitiveness and Access to Capital in Global Markets*; infine, nel 1999, la *Conference Board Commission on Public Trust and Private Enterprise*, ha pubblicato le *Findings and Recommendations, Part. 1: Executive Compensation* e *Part 2: Corporate Governance/Part. 3: Auditing and Accounting* (revisionate fino al 2003 e poi accompagnate dal *Corporate Governance Handbook: Legal Standards and Board Practice* del 2009).

È interessante notare che le regole di buon governo societario per le società *listed* sono state emanate direttamente dall'OCSE proprio sulla base del citato *Millstein Report* e pubblicate nel 1999 (revisionate fino al 2004) con il titolo *OECD Principles of Corporate Governance*; l'OCSE ha però dedicato la propria attenzione anche alle buone pratiche di governo delle società non quotate (*Corporate Governance of Non-Listed Companies in Emerging Markets*), nonché in quelle possedute dallo Stato (*OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprise* del 2005).

In Olanda, l'iniziativa regolamentare più significativa, ma tutt'altro che approfondita, è data dal recente codice della Banca centrale (*Bank van de Nederlandse Antillen*) del 2006, dal titolo *Corporate Governance Summary of best Practice Guidelines*.

Esistono inoltre iniziative di portata europea, ma non di promanazione di istituzioni pubbliche, essenzialmente riconducibili a quella del *Centre for European Policy Study (CEPS)* del 2002, dal titolo *Corporate Governance in Europe*; a quella del 1997, denominata *Sound business standards and corporate practices. A set of guidelines*, redatta dalla Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo; e a quella dell'*European Shareholders Group* del 2000, dal titolo *Euroshareholders Corporate Governance Guidelines 2000*, che è interessante evidenziare in ragione della granitica identificazione del fine sociale posto nella *Recommendation 1*: «*A company should aim primarily at maximising shareholder value in the long term. Companies should clearly state (in writing) their financial objectives as well as their strategy, and should include these in the annual report*». Di una certa utilità anche il *report* della *European Confederation of Directors' Associations (ecoDa)*, cit., che rappresenta un tentativo di estendere gli *standards* professionali di governo societario anche alle società "chiuse". Tutti i citati documenti sono reperibili nei rispettivi siti *internet* istituzionali.

Analogamente, è interessante notare come la posizione, non radicalmente schierata a favore della massimizzazione del profitto, assunta dall'American Law Institute, *Principles of Corporate Governance*, cit., 55, assuma una posizione morigerata sul punto: «*(...) a corporation (...) should have as its objective the conduct of business activities with a view to enhancing corporate profit and corporate gain*», salvo a precisare immedi-

E anche l'Italia, fin dal 1999, si è munita di un *Codice di Autodisciplina* che ha rappresentato una novità considerevole nell'ambito di un sistema capitalistico a proprietà fortemente concentrata, peraltro venendo emanato prima ancora che si affacciassero le novità di *modernizzazione* caratterizzanti la successiva Riforma societaria⁶¹. Dal "Codice Preda"⁶² all'ultima revisione del 2015, l'apparato normativo convenzionale predisposto per le società quotate ha seguito una progressione tendenzialmente uniforme, muovendo dalla filosofia ispiratrice del *Cadbury Code* e successivamente allineandosi agli *standards* internazionali dell'OECD, ma soprattutto inducendo una cultura dei controlli più "matura".

Inizialmente, il "sistema" era infatti individuato come funzionale alla verifica del rispetto delle procedure interne previste per la identificazione, la prevenzione e la gestione dei rischi di natura finanziaria e delle frodi a danno della società (cfr. art. 9, "Codice Preda"); nella sua ultima versione, questi rischi rimangono sullo sfondo e comunque assorbiti nel più generale obiettivo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio delle principali criticità, il tutto nell'ottica della «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» (art. 7, Codice di autodisciplina del 2015)⁶³.

atamente che «*even if corporate profit and shareholder gain are not thereby enhanced, the corporation, in the conduct of its business: 1) is obliged, to the same extent as a natural person, to act within the boundaries set by law; 2) may take into account ethical considerations that are reasonably regarded appropriate to the responsible conduct of business; and 3) may devote a reasonable amount of resources to public welfare, humanitarian educational, and philanthropic purposes*».

In tutto il mondo, infine, esistono ormai *codici di comportamento* o di *autodisciplina* dedicati alla implementazione delle buone pratiche nel governo societario delle società quotate (per un'ampia visione del tema, HOPT K., *Comparative Company Law*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=980981>; e ora FLECKNER A.M. e HOPT K. (a cura di), *Comparative Corporate Governance. A Functional and International Analysis*, Cambridge UK, 2013, *passim*).

⁶¹ D.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2004 e ss. mm. ii.

⁶² Nel 1999 Stefano Preda presiedeva Borsa Italiana s.p.a., che promosse la costituzione del *Comitato per la Corporate Governance delle Società Quotate* e diede vita al primo *Codice di Autodisciplina*.

⁶³ Secondo il rapporto di ASSONIME, *La corporate governance in Italia: autodisciplina e remunerazioni*, 2013, al sito www.assonime.it, la trasparenza sulla governance delle società è