

Marzo 2021

## Esponenti aziendali: indipendenza e indipendenza di giudizio

*Raffaele Lener e Antonio Di Ciommo, Lener & Partners*

Con la pubblicazione del Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 23 novembre 2020, n.169 (di seguito, il “**D.M. 169/2020**”), recante la nuova disciplina di dettaglio in materia di requisiti degli esponenti aziendali, è entrato pienamente in vigore l'art. 26 TUB, come modificato dal D.Lgs. 72/2015. Il D.M. 169/2020 è in vigore dal 30.12.2020 e le imprese vigilate (banche, intermediari finanziari, IMEL, Istituti di Pagamento e Confidi) dovranno applicarlo a partire dalla prima nomina successiva alla sua entrata in vigore, ivi incluse le nomine di nuovi esponenti per cooptazione in organi nominati nel vigore della previgente disciplina.

Cessa, dunque, l'efficacia transitoria del “vecchio” art. 26 TUB e, soprattutto, dei Decreti del Ministro del Tesoro nn. 516/1998 e 161/1998.

### 1. L'indipendenza “oggettiva”

Il D.M. 169/2020 contiene un'approfondita disciplina

dei requisiti di indipendenza degli esponenti aziendali, e regola separatamente i requisiti applicabili ai membri dell'organo amministrativo (art. 13) e quelli applicabili ai membri degli organi di controllo (art. 14). A queste norme si aggiunge una sorta di “*sintesi*” dei requisiti all'art. 15, ove viene regolato il requisito dell'*indipendenza di giudizio* e i procedimenti da seguire per la sua valutazione.

L'art. 13, comma 1, D.M. 169/2020, nel regolare i “*requisiti di indipendenza di alcuni consiglieri di amministrazione*” stabilisce che il consigliere di amministrazione indipendente è sostanzialmente l'esponente sul cui capo non sussiste nessuna delle specifiche situazioni dalle quali è possibile dedurre la sua “non-indipendenza”.

L'area della nozione di indipendenza, dunque, è negativa: l'*indipendente* è, in prima battuta, un esponente la cui “non-dipendenza” si dimostra in base all'insussistenza delle specifiche situazioni (di diritto o di fatto, personali o professionali) elencate dall'art. 13<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Difatti, l'art. 13, primo periodo del D.M. 169/2020 stabilisce letteralmente che “[...] *si considera indipendente il consigliere non esecutivo per il quale non ricorra alcuna delle seguenti situazioni* [...]”.

Tuttavia, la formula di apertura della norma appare quasi fuorviante, in quanto l'applicazione dell'art. 13, e, dunque, dei requisiti di indipendenza "oggettiva", ricorrerebbe *"quando è richiesta ai sensi di disposizioni di legge o regolamentari la presenza nel consiglio di amministrazione di esponenti che soddisfino requisiti di indipendenza"*.

È evidente, infatti, che la portata applicativa dell'art. 13 è solo apparentemente limitata e che, come si vedrà, ha natura "variabile": l'indipendenza di un esponente aziendale di un ente vigilato (sia esso una banca, un intermediario finanziario, un Istituto di Pagamento o un IMEL) è di per sé requisito *richiesto* dalla legge.

In particolare, l'indipendenza è un requisito di cui l'esponente aziendale deve essere in possesso ai sensi dell'art. 26, comma 2, TUB e che, tuttavia, nel D.M. 169/2020 assume differenti declinazioni: un conto sarà l'indipendenza "oggettiva" dell'esponente in veste di membro *indipendente*, un conto, come si vedrà, sarà il suo *"agire indipendente"*.

Alcuni chiarimenti, inoltre, vengono forniti dalle Istruzioni di Vigilanza per le Banche, di cui alla Circolare della Banca d'Italia n. 285/2013. In particolare, la Parte I, Tit. IV, Cap. 1, Sez. IV, par. 1 prevede che *"nell'organo che svolge la funzione di supervisione strategica, devono essere nominati soggetti indipendenti che vigilino con autonomia di giudizio sulla gestione sociale, contribuendo ad assicurare che essa sia svolta nell'interesse della società e in modo coerente con gli obiettivi di sana e prudente gestione"*; questi soggetti indipendenti, peraltro, devono anche sedere nei vari comitati costituiti all'interno dell'organo amministrativo delle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa.

Le Istruzioni di Vigilanza non individuano in modo rigido il numero di *"indipendenti"* che devono sedere nell'organo con funzione di supervisione strategica (*i.e.* il consiglio di amministrazione o di gestione); si lascia intendere che la presenza di esponenti (*recte*, amministratori) indipendenti debba essere sempre (e, in una certa misura) assicurata.

Infatti, in coerenza con quest'impostazione, il comma 4 dell'art. 13, D.M. 169/2020, a chiusura dell'intera disposizione, stabilisce che *"il difetto del requisito di indipendenza [recte, la sussistenza delle situazioni di "non-indipendenza"] comporta la decadenza dall'incarico di consigliere indipendente"* e ciò con la precisazione che la sussistenza di almeno una delle situazioni elencate nei commi precedenti non comporta necessariamente la decadenza *dall'ufficio* di consigliere di amministrazione: l'esponente, infatti, decade prima che *dall'ufficio* dalla qualifica (o nell'espressione utilizzata dalla norma, *"dall'incarico"*) di esponente *indipendente*.

L'art. 13, comma 4, D.M. 169/2020 stabilisce, infatti, che il consigliere (non più) indipendente può mantenere l'*ufficio* (e, perciò, "evitare" la decadenza) qualora: (i) lo statuto dell'ente non la imponga; e (ii) *"il numero residuo di consiglieri indipendenti nell'organo è sufficiente ad assicurare il rispetto delle disposizioni in materia di governo"*

*societario per le banche [...] o di altre disposizioni dell'ordinamento che stabiliscono un numero minimo di consiglieri indipendenti”.*

Ma quali sono le situazioni che rendono l'esponente certamente “non-indipendente”?

L'art. 13, comma 1, D.M. 169/2020 elenca una gran quantità di casi, che possiamo, per comodità, suddividere in categorie.

La prima attiene alle condizioni personali dell'esponente: sono le situazioni elencate dalla lett. a). L'esponente “è coniuge non legalmente separato, persona legata in unione civile o convivenza di fatto, parente o affine entro il quarto grado”: (i) del presidente del consiglio di amministrazione, di gestione o di sorveglianza e degli esponenti con incarichi esecutivi della banca; (ii) dei responsabili delle principali funzioni aziendali della banca; ovvero (ii) di tutti gli altri soggetti indicati dalla norma (tra i quali, i soci significativi dell'ente, i precedenti esponenti aziendali, etc.).

Una seconda categoria comprende le situazioni “professionali” dell'esponente, elencate dalle lett. b)-f). Non potrà essere considerato indipendente l'esponente che: (i) sia socio significativo dell'ente; (ii) ricopra o abbia ricoperto presso un socio significativo della banca (o sua controllata) incarichi esecutivi (ivi incluso quello di presidente del consiglio di amministrazione) nei precedenti due anni ovvero sia stato membro del consiglio di amministrazione di tali società per più di nove dei precedenti dodici anni; (iii) abbia ricoperto nei precedenti due anni l'incarico di esponente con incarichi esecutivi nell'ente; (iv) ricopra l'incarico di consigliere indipendente in un'altra banca del medesimo gruppo (ad esclusione di banche tra cui intercorrono rapporti di controllo, diretto, indiretto o totalitario); (v) abbia ricoperto la carica di membro del consiglio di amministrazione, di sorveglianza, di gestione ovvero di “comune” direzione presso la banca per più di nove dei precedenti dodici anni<sup>2</sup>.

La terza e ultima, compresa tra le lettere g)-i), concerne situazioni di potenziali conflitti di interessi dell'esponente. L'esponente, infatti, non potrà essere *indipendente* qualora: (i) ricopra incarichi esecutivi in una società in cui “*un esponente con incarichi esecutivi della banca ricopre l'incarico di consigliere di amministrazione o di gestione*”; (ii) intrattenga (o abbia intrattenuto nei due anni precedenti la nomina) direttamente o

---

<sup>2</sup> Bisogna precisare, tuttavia, che l'art. 26, comma 5, D.M. 169/2020, in via transitoria e solo in sede di prima applicazione, stabilisce che “*nelle banche di minore dimensione e complessità operativa per il primo rinnovo avvenuto tra la data di entrata in vigore del presente decreto e il 31 dicembre 2021: i) in deroga a quanto previsto dall'articolo 13, comma 1, lettera f) possono assumere la carica di amministratore indipendente coloro che hanno rivestito la carica di amministratore indipendente per non più di dodici anni negli ultimi quindici presso la banca; ii) l'articolo 13, comma 1, lettera g) non si applica*”. Dunque, potrà essere considerato transitoriamente *indipendente* l'esponente della banca di minori dimensioni o complessità operativa che abbia incarichi esecutivi in una società nel cui organo amministrativo siede un esponente della medesima banca che, da quest'ultima, abbia ricevuto incarichi anch'essi esecutivi.

indirettamente rapporti professionali “*tali da comprometterne l’indipendenza*”<sup>3</sup>; (iii) abbia ricoperto nei due anni precedenti la nomina incarichi presso enti locali (o società da questi ultimi partecipate)<sup>4</sup>, il Governo o la Commissione europea, sia stato un esponente politico eletto in un parlamento nazionale (e, dunque, non solo in una delle due Camere del “nostro” Parlamento, ma anche in quella di altri Paesi, anche non-UE) ovvero nel Parlamento Europeo<sup>5</sup>.

Quanto agli enti di natura diversa da quella societaria, considerato che essi possono mettere a rischio l’indipendenza dell’esponente allo stesso modo degli enti societari, l’art. 13, comma 3, D.M. 169/2020 stabilisce che “*per incarichi ricoperti in enti non societari, le previsioni [...] precedenti si applicano ai soggetti che svolgono nell’ente funzioni equivalenti [...]*”.

Per quel che riguarda i membri degli organi di controllo, i requisiti di indipendenza sono delineati dall’art. 14 del D.M. 169/2020. Quanto all’elenco dei casi di “non-indipendenza”, questo rinvia in gran parte ai casi elencati dal precedente art. 13.

In primo luogo, bisogna rilevare che l’art. 14 del D.M. 169/2020 assume un “tono” più perentorio e ciò in considerazione della natura, della disciplina “ordinaria” e, nondimeno della delicatezza della funzione da questi ricoperta: l’art. 14, comma 1, stabilisce, infatti, che chi si trovi in una delle situazioni specificamente elencate nella norma “*non può assumere l’incarico di componente del collegio sindacale [...]*”.

In particolare, non può assumere funzioni di controllo nell’ente l’esponente che: (i) è socio significativo della banca; (ii) è esponente con ruoli esecutivi in una società partecipata da un esponente della banca avente anch’egli ruoli esecutivi; (iii) ha relazioni d’affari con la banca o un suo esponente tali da comprometterne l’indipendenza; (iv) nei precedenti cinque anni è stato membro del consiglio di amministrazione o di gestione ovvero di direzione presso un socio significativo della banca, la banca medesima ovvero

---

<sup>3</sup> In particolare, i rapporti cui si riferisce la norma consistono in rapporti di lavoro (autonomo o subordinato) e, comunque, rapporti di natura finanziaria, patrimoniale o professionale, anche non continuativi, con: (i) la banca; (ii) i relativi esponenti con incarichi esecutivi; ovvero (iii) il suo presidente; (iv) con le società controllate dalla banca o i relativi esponenti con incarichi esecutivi o i loro presidenti; ovvero, infine, (v) con un socio significativo della banca o dei relativi esponenti con incarichi esecutivi o del suo presidente.

<sup>4</sup> In questo caso, qualora “*la sovrapposizione o contiguità tra l’ambito territoriale di riferimento dell’ente in cui sono ricoperti i predetti incarichi e l’articolazione territoriale della banca o del gruppo bancario di appartenenza s[iano] tali da comprometterne l’indipendenza*”.

<sup>5</sup> Bisogna segnalare che la norma non riferendosi esclusivamente al Parlamento Italiano, limiterebbe la qualifica di esponente indipendente a chiunque abbia ricoperto cariche parlamentari anche in altri Stati esteri. Tuttavia, lo stesso “sistema” non viene riprodotto per il caso di esponenti di un governo nazionale, atteso il riferimento al “*Governo*”: la “G” maiuscola e il singolare del lemma porterebbero a credere, infatti, che il *regolatore* voglia riferirsi esclusivamente a chi abbia ricoperto incarichi presso il Governo Italiano e non a generici governi (anche) di Stati esteri. Il che non solo sarebbe discriminatorio rispetto a limitazioni poste nei confronti di ex-parlamentari, italiani e non, ma risulterebbe totalmente incoerente con le attuali politiche del governo sul c.d. “*golden power*” e, più in generale, con le azioni di contrasto ai conflitti di interesse tra politica e mondo finanziario.

le sue controllate; (v) è coniuge non legalmente separato, persona legata in unione civile o convivenza di fatto, parente o affine entro il quarto grado dei responsabili delle principali funzioni aziendali della banca o delle persone che si trovano nelle situazioni poc' anzi descritte.

L'art. 14, comma 2, D.M. 169/2020 fa salva la possibilità per i membri dell'organo di controllo di svolgere il proprio incarico *“contemporaneamente in una o più società dello stesso gruppo bancario”*.

Bisogna rilevare, a questo proposito, una qualche imprecisione del decreto quanto ai soggetti *“destinatari”*: le norme citate si riferiscono alle *cariche* assunte dagli esponenti, talvolta utilizzando la terminologia codicistica, talaltra quella propria della regolamentazione bancaria, creando non poca confusione.

## **2. Il requisito di indipendenza quale *“indipendenza di giudizio”***

La novità più rilevante del D.M. 169/2020 è, tuttavia, la disciplina dell'indipendenza di giudizio e il relativo procedimento di valutazione.

Ai sensi dell'art. 2, comma 3, ult. periodo, D.M. 169/2020, le norme che disciplinano l'indipendenza di giudizio si applicano con esclusivo riferimento a esponenti delle banche, di intermediari finanziari significativi, IMEL e Istituti di Pagamento *“rilevanti per la natura della specifica attività svolta”*.

In primo luogo, l'*indipendenza di giudizio* (*recte*, l'agire con *indipendenza di giudizio*) viene configurata dall'art. 15 D.M. 169/2020 come un obbligo degli esponenti aziendali e, al contempo, quale presidio a tutela della sana e prudente gestione dell'ente.

Il procedimento di valutazione dell'indipendenza di giudizio si applica in via generale a tutti gli esponenti aziendali e a prescindere dalla loro *“candidatura”* ad assumere l'incarico di *indipendente*.

L'indipendenza, oltre a essere requisito imprescindibile dell'*esponente indipendente*, è requisito applicabile in via generale all'esponente aziendale di banche e altri enti vigilati, vista la formulazione dell'art. 26, comma 2, TUB e ciò, in particolare, per quel che riguarda il *modo* o il *tipo* di gestione che gli esponenti devono garantire in ogni momento: l'art. 15, comma 1, D.M. 169/2020 stabilisce, infatti, che *“tutti gli esponenti agiscono con piena indipendenza di giudizio e consapevolezza dei doveri e dei diritti inerenti all'incarico, nell'interesse della sana e prudente gestione della banca e nel rispetto della legge e di ogni altra norma applicabile”*.

Indipendenza di giudizio e consapevolezza dei doveri sono *“clausole generali”* (un po' vaghe, in verità) che appaiono, per certi versi, specificazione del precetto generale dell'*agire informato*, di cui all'art.2381, c. 6, c.c.

Perciò, l'indipendenza di giudizio dell'esponente è il mezzo con cui viene garantito che l'azione *gestoria* o di controllo di quest'ultimo si informi (o, almeno, possa ragionevolmente informarsi) a criteri riconducibili alla sana e prudente gestione.

Da altra prospettiva, ciò comporta la necessità per l'intermediario (*recte*, per gli organi dell'intermediario nel loro complesso) di conoscere gli interessi di cui è portatore l'esponente, in modo che si possa verificare una effettiva assenza di conflitti, anche solo potenziali, ovvero predisporre ogni misura idonea ad eliminarne o, comunque, attenuarne i rischi.

Perciò, l'art. 15, comma 2, D.M. 169/2020 stabilisce che “*tutti gli esponenti comunicano all'organo competente [ovverosia, all'organo di cui fanno parte] le informazioni riguardanti le situazioni*” di “non-indipendenza” di cui all'articolo 13, comma 1, lettere a), b), c), h) e i)<sup>6</sup>, unitamente alle “*motivazioni per cui, [ad avviso dell'esponente], quelle situazioni non inficiano in concreto la loro indipendenza di giudizio*”.

Dunque, se è vero che la sussistenza di una delle situazioni di “non-indipendenza” contribuisce a escludere con certezza la qualifica di *indipendente*, è anche vero che l'insussistenza di tutte le situazioni non prova una *effettiva* indipendenza: in altri termini, l'indipendenza dell'esponente deve essere *valutata* e, perciò, verificata nel concreto.

In sostanza, l'organo competente, in sede di prima riunione<sup>7</sup> è tenuto a verificare l'indipendenza “oggettiva” dell'esponente, nel senso che deve compiere una valutazione, per dir così, “predittiva” di quel che potrebbe essere il suo concreto “agire” e, perciò, il *modo* in cui l'esponente partecipando alle delibere, potrebbe influenzarne il processo formativo.

Quanto al *procedimento* di valutazione, soccorre il comma 3 dell'art. 15: l'organo di cui fa parte l'esponente, infatti, è tenuto a valutarne l'indipendenza di giudizio nel merito, “*alla luce delle informazioni e delle motivazioni da questo fornite*”.

Non è dunque, almeno in principio, prevista una attività ispettiva diretta o di tipo “indagatorio”. In mancanza di fatti noti che possano pregiudicarne l'indipendenza di giudizio, l'organo valuterà sulla base delle informazioni (eventualmente) fornite dallo stesso esponente interessato.

All'esito di siffatta valutazione, l'organo dovrà verificare l'efficacia dei presidi adottati dall'ente in ordine alla rimozione (o, comunque, alla riduzione) del rischio che l'indipendenza di giudizio dell'esponente aziendale o dell'organo cui appartiene possa esserne pregiudicata.

---

<sup>6</sup> Vale a dire, le specifiche relazioni familiari, i rapporti di lavoro o di affari dell'esponente aziendale di cui si è appena discusso.

<sup>7</sup> In cui, come noto, viene valutata e accertata la sussistenza dei requisiti dei nuovi componenti.

Nell'evidente tentativo del regolatore di *colmare* una eccessiva indeterminatezza, l'art. 15, comma 3, D.M. 169/2020, fa riferimento a quei “*presidi richiesti da disposizioni di legge e regolamentari, nonché [a]lle eventuali ulteriori misure organizzative o procedurali adottate dalla banca o dall'esponente*”.

La norma, poi, più in particolare, fa esplicito riferimento a: (i) le norme in tema di conflitto di interesse degli amministratori di società e, per quel che riguarda gli intermediari quotati o emittenti strumenti finanziari diffusi fra il pubblico, le norme in materia di operazioni con parti correlate (ivi incluso, quindi, il regolamento adottato dall'ente) di cui agli artt. 2391 e 2391-*bis* c.c.; (ii) le norme in materia di gruppi di società (e ciò con particolare riferimento all'obbligo di motivazione di cui all'art. 2497-*ter* c.c. per quel che riguarda le decisioni assunte dalle società controllate incluse in un gruppo bancario); (iii) il potere della Banca d'Italia di imporre condizioni per quelle delibere adottate “*concretamente*” in conflitto di interessi dagli organi sociali, nonché alle specifiche norme attuative di cui alla Circolare della Banca d'Italia n. 285/2013 in merito all'attività di “*assunzione, da parte delle banche o dei gruppi bancari, di attività di rischio nei confronti di coloro che possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza sulla gestione della banca o del gruppo bancario e dei soggetti a questi collegati*”, nonché alle attività di diversa natura intercorrenti tra banche e soggetti che ne influenzano la gestione (letteralmente, l'art. 53, comma 4-*quater*, TUB menziona “*altre tipologie di rapporti di natura economica*”)<sup>8</sup>; (iv) l'obbligo di astensione in capo ai soci e agli amministratori dall'esprimere il proprio voto in relazione a delibere per le quali siano portatori di un interesse in conflitto, come previsto dall'art. 53, comma 4, TUB e dall'art. 6, comma 2-*novies*, TUF (in quest'ultimo caso, per quel che concerne le delibere e le decisioni che investono i servizi di investimento eventualmente prestati dall'intermediario); e, infine, (v) il divieto di assunzione di cariche sociali o, comunque, di funzioni di “*dirigenza*” in due o più imprese del settore bancario, finanziario e assicurativo tra loro concorrenti (*i.e.* non facenti parte del medesimo gruppo) di cui al D.L. 201/2011<sup>9</sup>.

Qualora l'organo competente ritenga che i “*presidi esistenti*” non siano “*sufficienti*”, l'organo stesso, ai sensi dell'art. 15, comma 4, D.M. 169/2020, potrà: (a) “*individuare di ulteriori e più efficaci*”; o (b) “*modificare i compiti e i ruoli attribuiti all'esponente, ivi*

---

<sup>8</sup> Cfr., in particolare, la Parte III, Capitolo 11, Sezione II e ss. della Circolare della Banca d'Italia n. 285/2013, di recente introduzione, in cui sono regolati sia i limiti prudenziali all'assunzione di partecipazioni di rischio in soggetti collegati (*i.e.* “*l'insieme costituito da una parte correlata e da tutti i soggetti a essa connessi*”) di cui alla Sezione II, le procedure deliberative riguardanti soggetti collegati di cui alla Sezione III, i processi delle funzioni di controllo della banca in relazione alle operazioni con soggetti collegati di cui alla Sezione IV e i poteri di intervento della Banca d'Italia e gli obblighi di comunicazione verso quest'ultima di cui alla Sezione V.

<sup>9</sup> Letteralmente, l'art. 15, comma 3, D.M. 169/2020 si riferisce a quei “*presidi di cui agli artt. 2391 e 2391-bis del codice civile e relative disposizioni attuative; Capo IX del Titolo V del Libro V del codice civile; 53, commi 4 e 4-quater, e 136 del testo unico bancario e relative disposizioni attuative; 6, comma 2-novies, del testo unico della finanza; 36 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214*”.

comprese le eventuali deleghe”, in modo che questi possano risultare coerenti “con l’obiettivo indicato nel comma 1”, ovvero nella prospettiva di non pregiudicare l’indipendenza di giudizio dell’esponente medesimo e, comunque, dell’intero organo.

A ciò si aggiunge, inoltre, l’ulteriore compito degli “organi competenti” di eseguire, ai sensi del successivo comma 5, un “monitoraggio” costante dell’indipendenza di giudizio dei suoi membri: anche dopo la nomina (e, dunque, dopo la prima valutazione), gli “organi competenti, [...] alla luce del comportamento [...] tenuto in concreto [dall’esponente] nello svolgimento dell’incarico”, devono verificare l’efficacia dei presidi nonché delle eventuali “ulteriori e più efficaci misure” adottate per preservare l’indipendenza di giudizio dell’esponente.

In entrambi i casi, qualora i presidi o anche le “ulteriori e più efficaci misure” eventualmente necessarie non dovessero essere adottate dagli organi competenti ovvero si dovessero dimostrare insufficienti a eliminare “le carenze riscontrate”, l’organo competente dovrà dichiarare la decadenza dell’esponente secondo lo specifico procedimento previsto dall’art. 23, commi 7, 8 e 9, D.M. 169/2020.

### **3. Esponenti indipendenti e indipendenza di giudizio: il difficile coordinamento tra requisiti ambigui**

Il requisito di indipendenza, ai sensi dell’art. 13, comma 1, D.M. 169/2020, trova applicazione “necessaria” solo nei confronti di quegli esponenti che, per legge o regolamento, debbano sedere nell’organo amministrativo in veste, appunto, di *indipendenti*, non dunque a tutti gli esponenti aziendali.

Per i sindaci, l’art. 14 del DM prevede una sorta di *radicale incompatibilità* ad assumere la carica nel caso sussista una delle situazioni di “non-indipendenza”<sup>10</sup>.

Diversa è, invece, l’indipendenza di giudizio, che costituisce, per dir così, un requisito dell’azione dell’esponente, quale ulteriore declinazione del principio di sana e prudente gestione.

Quanto detto si nota in particolare coordinando la lettura dell’art. 15 D.M. 169/2020 con gli Orientamenti Congiunti dell’EBA e dell’ESMA n. ABE/GL/2017/12 del 21 marzo 2018, i quali definiscono l’indipendenza di giudizio come un «requisito di idoneità» dell’esponente che consente a questi, per dir così, di dimostrare la sua capacità “di agire con onestà, integrità e indipendenza di giudizio per valutare e contestare efficacemente le decisioni dell’organo di gestione con funzione di gestione e le altre decisioni di gestione pertinenti, se del caso, e per sorvegliare e monitorare efficacemente le procedure decisionali”.

---

<sup>10</sup> Ciò, peraltro, avviene in piena armonia con le incompatibilità previste per i sindaci di diritto comune ex art. 2399 c.c.

Ancora, gli Orientamenti precisano ulteriormente che *“agire con ‘indipendenza di giudizio’ è un modello di condotta, mostrato in particolare durante le discussioni e le procedure decisionali nell’ambito dell’organo di gestione, ed è richiesto a ogni membro dell’organo di gestione, indipendentemente dal fatto che il membro è ritenuto ‘indipendente’ o meno [secondo gli specifici criteri previsti per gli esponenti indipendenti dai medesimi Orientamenti]. Tutti i membri dell’organo di gestione dovrebbero impegnarsi attivamente nello svolgere i propri compiti e dovrebbero essere in grado di adottare decisioni e giudizi ragionevoli, oggettivi e indipendenti nell’esercizio delle proprie funzioni e responsabilità”*.

In sostanza, come sottolineato dai citati Orientamenti, bisogna tener distinta l’indipendenza di giudizio, quale principio dell’azione, dall’essere *indipendenti* poiché *“Il fatto che un membro è considerato ‘indipendente’ non significa che il membro dell’organo di gestione dovrebbe essere automaticamente considerato ‘indipendente di giudizio’, giacché il membro potrebbe non disporre delle competenze comportamentali richieste”*, tra le quali:

- (i) *“coraggio, convinzione e forza per valutare e contestare efficacemente le decisioni avanzate da altri membri dell’organo di gestione”*;
- (ii) *“essere in grado di porre domande ai membri dell’organo di gestione con funzione di gestione”*; e
- (iii) *“essere in grado di resistere alla ‘mentalità di gruppo”*.

Si tratta, all’evidenza, di formule molto late, che sembrano comportare anche una analisi psicologica e comportamentale, non agevole da eseguire, in mancanza di una prassi consolidata.

In conclusione, l’indipendenza “oggettiva” e il requisito “soggettivo-comportamentale” di indipendenza di giudizio sono tra loro, possiamo dire, *indipendenti*, in quanto il primo requisito riguarda l’oggettiva condizione degli interessati, mentre l’indipendenza di giudizio trascende le (anche se non prescinde dalle) condizioni “oggettive” dell’esponente, giacché concerne una ragionevole previsione sul suo comportamento nell’esercizio delle proprie funzioni *gestorie* e *decisorie*.