

Capitolo primo

Il sistema dualistico nell'ordinamento italiano

SOMMARIO

I. ORIGINI STORICHE E SVILUPPI DEL SISTEMA DUALISTICO NEL DIRITTO CONTINENTALE E COMUNITARIO. – 1. Diritto francese. – 2. Diritto tedesco. – 3. Lo Statuto di Società Europea. – II. L'INTRODUZIONE DEL SISTEMA DUALISTICO NEL DIRITTO ITALIANO DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI. – 1. Il periodo anteriore alla riforma del 2003. – 2. La legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366. – 3. Lo schema di decreto legislativo di riforma del 30 settembre 2002. – a) La tecnica di regolamentazione del sistema dualistico. – b) La disciplina del sistema dualistico. – c) Il dibattito nella dottrina e tra gli operatori. – 4. La disciplina del codice civile e delle leggi speciali. – a) Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6: le indicazioni della relazione di accompagnamento. – b) Gli organi di s.p.a. a sistema dualistico: sintesi delle funzioni e competenze essenziali e fondamentali stabilite dal d.lgs. n. 6/2003; le prime interpretazioni. La sostanziale conferma della tecnica di regolamentazione (richiami, rinvii e analogia). – aa) Assemblea. – bb) Consiglio di gestione. – cc) Consiglio di sorveglianza. – c) Le novità della disciplina codicistica del sistema dualistico. – aa) Avviso di rettifica del 4 luglio 2003, d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 e d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310. – bb) Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27 (c.d. decreto sui diritti dei soci) e il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (c.d. testo unico della revisione legale dei conti). – d) La disciplina legale speciale e autoregolamentare delle società con azioni quotate a sistema dualistico. – aa) TUF, d.lgs. n. 6/2003 e d.lgs. n. 37/2004. – bb) TUF, l. 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sulla tutela del risparmio) e relative disposizioni del Regolamento Emittenti. – cc) TUF e d.lgs. 3 novembre 2008, n. 173 (relazione sul governo societario e sugli assetti proprietari. – dd) D.lgs. 19 novembre 2007, n. 229 e 25 settembre 2009, n. 146 (modifiche alla disciplina sulle offerte pubbliche di acquisto e di scambio); la connessa disciplina del Regolamento Emittenti. – ee) D.lgs. n. 39/2010 (c.d. testo unico sulla revisione legale). – ff) TUF e d.lgs. n. 27/2010 (c.d. decreto sui diritti degli azionisti). – gg) Regolamento n. 17221/2010 Consob in materia di operazioni con parti correlate; art. 37, comma 1, lett. d), Regolamento di attuazione concernente la disciplina dei mercati. – hh) D.lgs. 30 dicembre 2010, n. 259 (politiche di remunerazione). – ii) L. 12 luglio 2011, n. 120 (equilibrio tra i generi). – ll) Codice di Autodisciplina della Borsa Italiana. – e) La disciplina delle società bancarie a sistema dualistico. – aa) Le disposizioni del TUB. – bb) Le Disposizioni di Vigilanza del 4 marzo 2008 (in materia di organizzazione e governo societario delle banche) e del 30 marzo 2011 (in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche e nei gruppi bancari). – cc) Le nuove Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche in materia di attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati (Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 9° aggiornamento del 12 dicembre 2011). – f) La disciplina delle crisi d'impresa. – III. SISTEMA DUALISTICO E ORGANIZZAZIONE DI ESERCIZIO DELL'IMPRESA. – 1. Il sistema dualistico in Italia: versatilità applicativa; destinazione; situazioni e tipologie di effettiva adozione. – 2. Sistema dualistico e s.p.a. non quotate a controllo familiare. – a) Sistema tradizionale e sistema dualistico. –

b) S.p.a. dualistiche non quotate a controllo familiare e interventi statutari di differenziazione dal sistema tradizionale. – c) Sistema dualistico e tipologie di s.p.a. non quotate a controllo familiare. – d) S.p.a. dualistiche a controllo familiare e discontinuità gestionale. – e) S.p.a. dualistica a controllo familiare e s.r.l. – 3. Sistema dualistico e s.p.a. a partecipazione pubblica. – 4. Sistema dualistico e s.p.a. bancarie (Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche). – a) Funzioni d'indirizzo e supervisione strategica del consiglio di sorveglianza. – b) Poteri del presidente del consiglio di sorveglianza. – c) Comitato di controllo interno nell'ambito del consiglio di sorveglianza. – d) Comitato strategico. – e) Flussi informativi. – f) Sistema dualistico e gruppo bancario. – IV. MODELLI DI SISTEMA DUALISTICO. – 1. Organizzazione dell'esercizio dell'impresa e modelli di s.p.a. a sistema dualistico. – 2. Modelli base di sistema dualistico. – 3. Modelli di sistema dualistico e competenze dell'assemblea. – 4. Modelli di sistema dualistico e competenze del consiglio di gestione. – 5. Modelli di sistema dualistico e competenze del consiglio di sorveglianza. – 6. Tipicità dei sistemi di amministrazione e controllo delle s.p.a. e tipicità del sistema dualistico. – 7. Sistema dualistico e patti parasociali. – V. SISTEMA DUALISTICO E TIPI DIVERSI DALLA S.P.A. – 1. S.a.p.a. – 2. Società cooperative. – 3. S.r.l.

Origini storiche e sviluppi del sistema dualistico nel diritto continentale e comunitario

Bibliografia*: *Abriani*, La Società Europea, in: *Abriani/Ambrosini/Cagnasso/Montalenti*, Le società per azioni, in Trattato di diritto commerciale, diretto da *Cottino*, 2010, 1077; *C. Amatucci*, L'efficienza dell'“insider control system” e l'informazione “privata” destinata al consiglio di sorveglianza, *AGE* 2/2007, 395; *Andreani/Neuberger*, *Corporate governance* bancaria e sistema dualistico: riflessioni sull'esperienza tedesca, *Banca Impresa Società* 2007, 197; *Balp*, Art. 2409-octies, in: Sistemi alternativi di amministrazione e controllo, a cura di *F. Ghezzi*, in: Commentario alla riforma delle società, diretto da *P. Marchetti/L.A. Bianchi/F. Ghezzi/Notari*, 2005, 3; *Id./Strampelli*, Il sistema dualistico nel settore bancario tedesco: lo statuto e i regolamenti di *Deutsche Bank AG*, *Riv. soc.* 2008, 360; *Baums*, Il sistema di “corporate governance” in Germania ed i suoi recenti sviluppi, *Riv. soc.* 1999, 1; *M. Bianca/Zanardo*, La Società Europea (SE), in: Percorsi di diritto societario europeo, a cura di *Pernazza*, II ed., 2011, 127; *Breida*, Art. 2409 octies, in: Il nuovo diritto societario, commentario diretto da *Cottino/G. Bonfante/Cagnasso/Montalenti*, **, 2004, 1094; *Id.*, Art. 2409 novies, in: Il nuovo diritto societario, commentario diretto da *Cottino/G. Bonfante/Cagnasso/Montalenti*, **, 2004, 1117; *Id.*, Art. 2409 undecies, in: Il nuovo diritto societario, commentario diretto da *Cottino/G. Bon-*

* Le indicazioni bibliografiche si limitano a contributi in lingua italiana. Per riferimenti alla dottrina francese e tedesca, tra altri: *Schiama*, Art. 2409/VIII, 668 s.; *Id.*, Art. 2409/IX, 676; *Id.*, 2409/XII, 698; *Id.*, 2409/XIII, 703 ss.; *Id.*, Il sistema, 699 ss.; *Breida*, Art. 2408 octies, 1095 ss.; *Id.*, Art. 2409 novies, 1130 s.; *Id.*, Art. 2409 undecies, 1149; *Id.*, Art. 2409 terdecies, 1173 s.; *G.B. Portale*, La società, 6 ss.; *Id.*, Il sistema, 673; *Id.*, Un nuovo, 1; *Id./Bordiga*, L'obbligo, 458 ss.; *Balp*, Art. 2409-octies, 10; *Rondinelli*, Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di gestione, 1520 ss.; *Id.*, Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di sorveglianza, 148 ss.; *Id.*, Il sistema dualistico di amministrazione e controllo, 207 ss.; *Hirte*, I sistemi, 502 ss.; *Cariello*, I conflitti, *passim*; *Id.*, Organizzazione, *passim*; *Id.*, Il sistema, *passim*; *Id.*, Operazioni, 181 ss.; *Id.*, Sistema dualistico e competenza assembleare, 415 ss.; *Id.*, Sulle responsabilità, 61 e 73; *Tombari*, Sistema, 713 ss.

fante/Cagnasso/Montalenti, **, 2004, 1147; *Id.*, Art. 2409 duodecies, in: Il nuovo diritto societario, commentario diretto da Cottino/G. Bonfante/Cagnasso/Montalenti, **, 2004, 1155; *Id.*, Art. 2409 terdecies, in: Il nuovo diritto societario, commentario diretto da Cottino/G. Bonfante/Cagnasso/Montalenti, **, 2004, 1172; Calandra Buonauro, in: Un seminario sul sistema dualistico, *Giur. comm.* 2008, I, 1239; Cariello, I conflitti “interorganici” e “intraorganici” nelle società per azioni (Prime considerazioni), in: Il nuovo diritto delle società. *Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa/Portale, 2, 2006, 769; *Id.*, Organizzazione “strutturale” e organizzazione “procedimentale” del consiglio di sorveglianza, RDS 2008, 262; *Id.*, Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria, II ed., 2009; *Id.*, Operazioni con parti correlate e sistema dualistico, *Riv. dir. comm.* 2011, I, 181; *Id.*, Sistema dualistico e competenza assembleare all'approvazione del bilancio d'esercizio (art. 2409-terdecies, comma 2, c.c.), in: La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo, 2011, 407; *Id./Haberl*, Requisiti dei componenti del consiglio di sorveglianza e della loro nomina: le *Thesen* del Roundtable des Berlin Center of Corporate Governance, RDS 2007, 245; Caterino, La società europea, in: Le nuove s.p.a., opera diretta da Cagnasso/Panzani, **, 2010, 2065; Corapi, I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni, *Riv. dir. comm.* 2007, I, 195; *Id.*, Art. 2380, in: Commentario romano al nuovo diritto delle società, diretto da F. d'Alessandro, II, II, 2011, 1; Cottino, Diritto societario, a cura di Cagnasso, con la collaborazione di Bertolotti, II ed., 2011; Galgano/Genghini, Il nuovo diritto societario, III ed., I, 2006; A. Gambino, in: Un seminario sul sistema dualistico, *Giur. comm.* 2008, I, 1246; *Id./D.U. Santosuosso*, Società di capitali, in: Fondamenti di diritto commerciale, a cura di A. Gambino, II, II ed., 2007; Hopt, Direzione dell'impresa, controllo e modernizzazione del diritto azionario: la relazione della commissione governativa tedesca sulla corporate governance, *Riv. soc.* 2003, 199; Libonati, Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione delle società per azioni, *Riv. soc.* 2008, 281; Lutter, Il sistema del Consiglio di sorveglianza nel diritto societario tedesco, *Riv. soc.* 1988, 95; *Id.*, Una introduzione al Codice tedesco di corporate governance, *Riv. soc.* 2002, 235; Massa Felsani, “Interferenze” del consiglio di sorveglianza nella gestione dell'impresa: appunti dalla disciplina del governo delle banche, *Riv. dir. comm.* 2008, I, 873; Miola, Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti, *Riv. soc.* 2003, 322; Montalenti, Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative, *Banca, borsa, tit. cred.* 2008, I, 689; *Id.*, Il sistema dualistico, in: Abriani/Ambrosini/Cagnasso/Montalenti, Le società per azioni, in: Trattato di diritto commerciale, diretto da Cottino, 2010, 853; Pernazza, Il «conseil de surveillance» della «société anonyme» nell'esperienza francese, in: *Associazione Preite*, Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito, a cura di Benazzo/F. Ghezzi/Patriarca, 2002, 205; *Id.*, I modelli di amministrazione e controllo, in: *Assonime*, La Società Europea, a cura di Allotti/Pernazza, maggio 2010, 68; *Id.*, Sistema dualistico. Articoli 39, 40, 41 e 42, in: La Società Europea. Fonti comunitarie e modelli nazionali, a cura di Corapi/Pernazza, 2011, 169; V. Pinto, Funzione amministrativa e “diritti” degli azionisti, 2008; G.B. Portale, La società quotata nella recente riforma (note introduttive), RDS 2007, 1; *Id.*, Il sistema dualistico: dall'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (1861) alla riforma italiana delle società per azioni (Appunti per una comparazione della nuova governance delle banche italiane), *Banca, borsa tit. cred.* 2008, I, 673; *Id.*, Un nuovo capitolo del governo societario tedesco: l'adeguatezza del compenso dei *Vorstandsmglieder*, *Riv. soc.* 2010, 1; *Id./Bordiga*, L'obbligo di astensione dal voto ex art. 2373, comma 2°, c.c., dei soci consiglieri di gestione, in: Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanonone, diretto da Benazzo/Cera/Patriarca, 2011, 449; Presti, Le fonti della disciplinae l'organizzazione interna della società cooperativa europea, *Giur. comm.* 2005, I, 774; Racugno, La società cooperativa europea, *Riv. dir. comm.* 2006, I, 315; Rescio, La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale, *Riv. soc.* 2003, 965; *Id.*, La Società

Europea: una società poco amata dagli italiani?, in: *Consiglio Nazionale del Notariato Studi e materiali* n. 4/2010; *Rivaro*, La struttura della società europea, *Giur. it.* 2009, 1297; *Rondinelli*, Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di gestione, *Contr. impr.* 2006, 1520; *Id.*, Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di sorveglianza, *Contr. impr.* 2007, 148; *Id.*, Il sistema dualistico di amministrazione e controllo nella società per azioni tedesca, in: *Percorsi di diritto societario europeo*, a cura di *Pernazza*, II ed., 2011, 207; *N. Salanitro*, Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti, in: *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum* Antonio Piras, 2010, 378; *E. Santi*, Artt. 2452-2461, in: *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, a cura di *Maffei Alberti*, III, 2005, 1719; *Sarcina*, *Corporate governance* tra comunitarizzazione e (ri)nazionalizzazione italiana, in: *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario e spagnolo*, a cura di *Sarcina/Garcia Cruces*, 2010, 21; *Schiama*, Art. 2409/VIII, in: *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 666; *Id.*, Art. 2409/IX, in: *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 673; *Id.*, Art. 2409/XII, in: *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 694; *Id.*, Art. 2409/XIII, in: *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 701; *Id.*, Art. 2459, in: *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 1057; *Id.*, Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione, in: *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da *Abbadessa/Portale*, 2, 2006, 683; *A. Stabilini*, Il sistema dualistico in alcuni ordinamenti europei: un'analisi comparata, in: *Il modello dualistico: dalla norma all'attuazione*, a cura di *Casiraghi/Negri-Clemente/Schwizer*, 2009, 1; *Tombari*, Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione" del consiglio di sorveglianza, *Banca, borsa tit. cred.* 2008, I, 709.

1. Diritto francese

Nel diritto continentale, la prima, embrionale disciplina del sistema di amministrazione e controllo dualistico è contenuta nella legislazione francese delle *sociétés en commandite par actions* (loi 18-23 luglio 1856)¹. La caratteristica saliente del sistema era costituita dal doppio controllo sui gestori, da parte dell'assemblea e del consiglio di sorveglianza.

In seguito, la legge n. 66-537 del 24 luglio 1966 (cfr. Artt. L. 225-57/L. 225-93 Codice di commercio) rese possibile l'adozione del sistema dualistico (o "sistema a direttorio": *systeme à directoire*) da parte delle società anonime. Nei suoi tratti essenziali, il quadro normativo fu completato dal decreto n. 67-236 del 23 marzo 1967 (artt. 96-119).

¹ *Cariello*, Il sistema, II ed., 2, nt. 1. Pertanto, l'origine del sistema non è tedesca: *Libonati*, *Noterelle*, 306 s.; *Cariello*, Il sistema, II ed., 3, nt. 1; cfr. anche *G.B. Portale*, Il sistema, 685; diversamente, tra altri, *A. Gambino/D.U. Santosuosso*, Società, 165; *Galgano/Genghini*, Le nuove, 514; *Montalenti*, Il modello, 691; *Id.*, Il sistema, 855 ss. Di origine germanica, al contrario, è il consiglio di sorveglianza (ma) nella sua connotazione di organo dotato di quel novero di funzioni e competenze che, quale nucleo essenziale, ancora oggi ne costituiscono il tratto tipologico caratterizzante.

Almeno nelle intenzioni di coloro che ne promossero l'introduzione nella legislazione francese delle società anonime, il sistema in parola rispondeva, in particolare, anche all'esigenza di porre rimedio ad alcune carenze di funzionamento dell'organizzazione delle società anonime "a consiglio di amministrazione"² denunciate dalla prassi: confusione di competenze e/o funzioni del presidente del consiglio di amministrazione e del direttore generale e, più in genere, degli organi di controllo e di quelli di amministrazione³.

Nella disciplina francese del sistema dualistico delle società anonime risultante dai due provvedimenti legislativi viene già contemplata, tra l'altro, l'obbligatorietà di previsione di una deliberazione, di natura autorizzativa, del consiglio di sorveglianza avente a oggetto determinati atti di c.d. alta gestione rientranti nella competenza (di proposta ed esecuzione) del direttorio (Art. L. 225-68 alinea 2 Codice di commercio; art. 113-1 decreto n. 67-236)⁴.

2. Diritto tedesco

Quanto all'ordinamento giuridico tedesco, normalmente identificato come il principale modello di riferimento in materia, il sistema dualistico vi trovò accogliamento, dapprima, con l'Art. 225 del codice di commercio generale (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch: ADHGB*) del 1861⁵; quindi, con la novella del diritto delle s.p.a. (*Aktiennovelle*) dell'11 giugno 1870-18 luglio 1884. In quest'ultima, si precisò l'obbligo d'istituzione del consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*), essendo divenuto chiaro che la vigilanza sui gestori non poteva essere efficacemente esercitata dalla collettività dei soci⁶.

Al pari dell'originaria esperienza francese, anche in quella tedesca, alla quale si deve la prima adozione del sistema dualistico nel tipo società per azioni, la configurazione del consiglio di sorveglianza era quella di puro organo di controllo sulla gestione⁷.

² In Francia, come in altri Paesi (cfr., ad esempio, Olanda e Portogallo), il sistema dualistico è uno dei possibili sistemi di amministrazione e controllo delle società anonime o per azioni.

³ *Pernazza*, Il "conseil de surveillance", 205; *Cariello*, Il sistema, II ed., 4, nt. 2; per una ricognizione applicativa e sulle recenti prospettive di adozione del sistema in Francia, *Cariello*, Il sistema, II ed., 1 ss.

⁴ L'adozione del sistema dualistico nelle s.p.a., tipo sociale il quale appunto veicolò l'introduzione del sistema nell'esperienza francese, risulta ancora possibile, sebbene tramite l'elaborazione di regole parzialmente autonome rispetto a quelle che disciplinano il sistema nelle società anonime e che riflettono la necessità di un adeguamento compatibile con le caratteristiche del tipo sociale: in particolare, sono previste disposizioni specifiche per il consiglio di sorveglianza, il quale, tra l'altro, non nomina né revoca i componenti del consiglio di gestione: nella dottrina italiana, cenni all'esperienza francese in *Schiuma*, Art. 2459, 1062; *Breida*, Art. 2409 octies, 1105; *E. Santi*, Artt. 2452-2461, 1723 s.

⁵ La previsione del sistema (strutturato essenzialmente nell'articolazione organica consiglio di gestione-consiglio di sorveglianza) nel diritto tedesco non è, quindi, avvenuta con la legge azionaria del 1937: così, invece, pare *Corapi*, I sistemi, 196, nt. 4; *Id.*, Art. 2380, 2, nt. 4.

⁶ *Lutter*, Il sistema, 95 s.; *V. Pinto*, Funzione, 17 ss.; *Cariello*, Il sistema, II ed., 2, nt. 1.

⁷ *G.B. Portale*, Il sistema, 673 ss.; *Cariello*, Il sistema, II ed., 2, nt. 1.

Questa connotazione funzionale rimase immutata pure nel codice di commercio (*Handelsgesetzbuch: HGB*) del 1897 (§ 246 *HGB*), nonché nella legge azionaria (*Aktiengesetz: AktG*) del 1937 (§ 95 *Abs. 5 S. 1 AktG*)⁸, sebbene nel primo (§ 231 *Abs. 3 HGB*) fosse rimessa allo statuto la facoltà di attribuire al consiglio di sorveglianza funzioni ulteriori di controllo; e nella seconda (§ 95 *Abs. 5 S. 1 AktG*) tale facoltà risultasse precisata nella possibilità (destinata a divenire obbligo⁹ solo con la modifica apportata nel 2002 al § 111 *Abs. 4 S. 2* della legge azionaria del 1965 dalla legge sulla trasparenza e pubblicità¹⁰) dello statuto di riservare al consiglio di sorveglianza la competenza a deliberare l'autorizzazione (*Zustimmung*) di determinati atti di gestione di competenza dell'organo amministrativo (il consiglio di gestione: *Vorstand*)¹¹.

Uno degli elementi distintivi del sistema dualistico tedesco delle s.p.a. rispetto all'omologa disciplina italiana è costituito dalla presenza obbligatoria, nell'ordinamento germanico¹², dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza (c.d. cogestione: *Mitbestimmung*), alle condizioni stabilite dalla stessa legge azionaria. Deve però essere subito precisato che la previsione del sistema dualistico non è storicamente legata alla cogestione¹³. Semmai, in una particolare prospettiva, è quest'ultima a essere strettamente correlata al sistema dualistico. Nel contempo, alcuni tratti contraddistintivi del sistema sembra risultino essere stati determinati dall'avvento della cogestione o, comunque, intimamente connessi a essa.

Dal punto di vista della continuità storica di caratterizzazione politica e giuridica del sistema, è pacifico, infatti, che alle origini e fino al 1946-1951¹⁴, lasso di tempo nevralgico nella definizione di alcuni tratti portanti del sistema, la cogestione resta sostanzialmente estranea, nel senso di non esercitare condizionamenti davvero orien-

⁸ G.B. Portale, *Il sistema*, 674 s.; Cariello, *Il sistema*, II ed., 2, nt. 1.

⁹ In diritto tedesco esiste ancora oggi la possibilità di scegliere tra società dualistica dotata di consiglio di sorveglianza provvisto della competenza ad autorizzare determinati atti di gestione e società dualistica che ne è mancante: solo che quella scelta non si realizza nel tipo società per azioni, bensì è resa possibile, nel tipo s.r.l., alternativamente, dall'adozione di una società senza consiglio di sorveglianza (ove la presenza dell'organo non sia obbligatoria anche nel tipo s.r.l.) ovvero dalla creazione di un consiglio di sorveglianza privo del potere o competenza di autorizzazione [arg. ex § 52 *Abs. 1* legge delle società a responsabilità limitata (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*)]; cfr. Lutter, *Il sistema*, 98 s.; Cariello, *Il sistema*, II ed., 189.

¹⁰ Schiuma, *I poteri*, 699; Rondinelli, *Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di sorveglianza*, 150 e 179; G.B. Portale, *Il sistema*, 678; Cariello, *Il sistema*, II ed., 189, nt. 188.

¹¹ Cariello, *Il sistema*, II ed., 2, nt. 1, 188, nt. 188.

¹² La mancata previsione della cogestione nel diritto domestico costituisce una scelta consapevole e voluta del nostro legislatore. Il diritto italiano si limita ad ammettere espressamente, allo stato (artt. 2349 c.c.), l'emissione e l'assegnazione (con delibera dell'assemblea straordinaria) ai prestatori di lavoro dipendenti di categorie di azioni fornite del diritto di nominare un (solo) componente indipendente nel consiglio di sorveglianza. Tale diritto di nomina – come risulta evidente – è ben lungi dall'avvicinarsi alle forme e modalità della cogestione tedesca. Sin da ora si può aggiungere che, stante le cause legali di ineleggibilità a consigliere di sorveglianza (art. 2409-*duodecies*, comma 10, lett. c); art. 148, comma 3, lett. c), TUF), i lavoratori sono ineleggibili nell'organo di vigilanza di s.p.a. italiane (quotate e non).

¹³ G.B. Portale, *Il sistema*, 676; Calandra Buonauro, in: *Un seminario*, 1239; Cariello, *Il sistema*, II ed., 3, nt. 1; diversamente A. Gambino, in: *Un seminario*, 1246.

¹⁴ V. però la legge sulle commissioni interne (*Betriebsräte-Gesetz*) del 1920.

tanti le scelte normative, al sistema dualistico tedesco e gli stessi sviluppi della disciplina accolta nella legge azionaria del 1965, come il sistema in quanto tale, non rispondono alla primaria esigenza di «partecipazione dei lavoratori nelle strutture societarie», ispirandosi piuttosto la regolamentazione del sistema nella stessa legge azionaria del 1937 a esigenze differenti, risalenti a un preciso disegno di specifica ripartizione di competenze, funzioni e poteri tra gli organi e, segnatamente, all'esigenza di un efficace controllo (*Überwachung*) sull'azione dell'organo amministrativo.

Più corrispondente all'evoluzione storica dell'esperienza tedesca è, come accennato, la constatazione che vuole la cogestione come orientante l'attuale regolamentazione di alcuni profili della disciplina¹⁵; ma a sua volta con una decisiva mediazione di principi e regole che con la cogestione nulla hanno a che vedere¹⁶.

Sempre in prospettiva storica, la disciplina di diritto tedesco del sistema dualistico di società per azioni conosce differenti importanti interventi di revisione¹⁷.

Innovazioni conseguono, anzitutto, alla riforma della legge azionaria del 1965, la quale si caratterizzò essenzialmente per assicurare ai soci un maggior controllo della società in ragione della qualificazione dei medesimi come proprietari economici dell'impresa societaria¹⁸.

Il consiglio di gestione, la cui nomina e revoca è di competenza esclusiva del consiglio di sorveglianza (§ 84 *AktG*)¹⁹, risulta titolare della funzione e delle connesse competenze generali di gestione della società sotto la propria responsabilità²⁰ (§ 76 *Abs. 1 AktG*; e l'assemblea può decidere su questioni gestionali solo su richiesta del consiglio di gestione: § 119 *Abs. 2 AktG*) e della sua rappresentanza esterna (§ 78 *Abs. 1 AktG*)²¹.

Il consiglio di sorveglianza, nominato e revocato dall'assemblea (§ 101 *AktG*)²² e a

¹⁵ G.B. Portale, *Il sistema*, 677.

¹⁶ G.B. Portale, *Il sistema*, 676; Carriello, *Il sistema*, II ed., 3, nt. 1.

¹⁷ G.B. Portale, *Il sistema*, 676 ss.; *Id.*, *Un nuovo capitolo*, 1 ss.; ricognizioni della complessiva disciplina tedesca (come risultante ai tempi delle rispettive indagini) in *Breida*, Art. 2409 octies, 1095 ss.; *Id.*, Art. 2409 novies, 1118 ss.; *Id.*, Art. 2409 undecies, 1148 ss.; *Id.*, Art. 2409 duodecies, 1164 ss.; *Id.*, Art. 2409 terdecies, 1173 ss.; *Balp*, Art. 2409-octies, 10 ss.; *Rondinelli*, *Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di gestione*, 1520; *Id.*, *Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di sorveglianza*, 148; *Id.*, *Il sistema dualistico di amministrazione e controllo*, 209 ss. e 235 ss.

¹⁸ G.B. Portale, *Il sistema*, 676.

¹⁹ In particolare, la competenza assembleare alla nomina non è consentita, nemmeno in virtù di apposita clausola statutaria (ove inserita, da considerare non legittima: arg. ex § 23 *Abs. 5 AktG*). Nei casi di urgenza, è prevista la nomina da parte dell'autorità giudiziaria (§ 85 *AktG*). Sempre il consiglio di sorveglianza è titolare del potere di predisporre il regolamento di funzionamento del consiglio di gestione, nei limiti eventualmente stabiliti dallo statuto (§ 77 *Abs. 2 AktG*). Al consiglio di sorveglianza spetta anche la nomina del presidente del consiglio di gestione (§ 84 *Abs. 2 AktG*).

²⁰ *Balp*, Art. 2409-octies, 18; *Rondinelli*, *Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di gestione*, 1528.

²¹ Il consiglio di sorveglianza ha il potere, se riservato dallo statuto, di disporre che la rappresentanza della società spetti a un componente del consiglio di gestione ovvero a un componente e a un procuratore congiuntamente (§ 78 *Abs. 3 AktG*). Inoltre, allo stesso consiglio di sorveglianza è riservata la rappresentanza della società nei confronti del consiglio di gestione (§ 112 *AktG*).

²² Lo statuto può riservare diritti particolari di nomina (cui consegue il diritto esclusivo di revo-

cui non possono essere trasferiti poteri gestionali (§ 111 *Abs.* 4 *S.* 1 *AktG*) – sebbene gli possa, e a partire dal 2002 gli debba essere riservata la competenza ad autorizzare determinate categorie di operazioni²³ (§ 111 *Abs.* 4 *S.* 2 *AktG*)²⁴ e sia chiamato a formulare proposte di deliberazione in relazione a ogni argomento posto all'ordine del giorno della singola assemblea convocata (§ 124 *Abs.* 3 *AktG*)²⁵ –, è titolare di funzioni e competenze generali di “vigilanza” sulla gestione (§ 111 *Abs.* 1 *AktG*) e rimane essenzialmente e primariamente un organo di controllo²⁶.

In questo quadro, la stessa competenza di autorizzazione di atti gestori riservabile (e poi da riservarsi per legge) al consiglio di sorveglianza viene qualificata come parte della funzione di vigilanza, nel senso di costituire un effetto ovvero un'implicazione del dovere o delle funzioni di vigilanza; più precisamente, uno strumento del dovere preventivo di vigilanza inteso a rendere questo più efficace, suscettibile di trasformare la funzione statica di controllo successivo tradizionalmente esercitato dal consiglio di

ca: § 101 *Abs.* 2 *AktG*) a singoli azionisti e/o a categorie di azioni, nel limite di un terzo dei componenti del consiglio di sorveglianza espressione della proprietà (§ 101 *Abs.* 2 *AktG*; analoghi diritti non sono attribuibili per la nomina dei componenti del consiglio di gestione: § 85 *AktG*). La delibera di revoca deve essere adottata con la maggioranza dei tre quarti dei voti, salvo diversa disposizione dello statuto; e può essere altresì disposta in via giudiziale, su richiesta dello stesso consiglio di sorveglianza (§§ 103 *Abs.* 1 e 3, e 119 *Abs.* Nr. 1 *AktG*).

²³ I cataloghi di operazioni non possono essere formati utilizzando formule generiche (“tutte le operazioni importanti, essenziali e significative”; “operazioni di fondamentale importanza”, “decisioni di fondamentale importanza per l'impresa” *et similia*). Il § 111 *Abs.* 4 *S.* 2 *AktG* impone l'identificazione di categorie di operazioni ed eccezionalmente di singole operazioni. In generale, si ritiene che le operazioni soggette ad autorizzazione del consiglio di sorveglianza corrispondano alle decisioni o alle misure che modificano sostanzialmente la situazione patrimoniale, finanziaria o reddituale dell'impresa ovvero la sua esposizione a rischio; o a decisioni che modifichino gravandola, la posizione finanziaria, patrimoniale o produttiva della società o la sua esposizione al rischio. Esempi di queste operazioni sono considerati la creazione di società “figlie” nazionali e all'estero, la loro liquidazione ovvero vendita; l'acquisto e l'alienazione di imprese o di partecipazioni con importi superiori a cifra determinata; l'avvio di nuovi prodotti e l'inizio di nuova produzione; gli ampliamenti e le restrizioni dell'attività economica concretamente svolta; l'acquisto e l'alienazione di beni immobili, l'accettazione e la concessione di crediti e l'accettazione di garanzie sopra una certa cifra; la creazione o il cambiamento di un piano di opzione per i lavoratori; le modificazioni significative della struttura di gruppo; la nomina ovvero la revoca del consiglio di gestione di società “figlie” strategiche; cfr. *Cariello*, *Il sistema*, II ed., 191 ss. In qualche modo, può essere instaurato un parallelismo tra le operazioni esplicative dell'esercizio della funzione d'indirizzo strategico del consiglio di sorveglianza e quelle identificative dell'esistenza di un potere di direzione unitaria della capogruppo.

²⁴ Ferma la responsabilità dei componenti del consiglio di gestione per i danni che ne derivasse (§ 93 *Abs.* 4 *S.* 2 *AktG*). Nel caso di negazione dell'autorizzazione da parte del consiglio di sorveglianza, il consiglio di gestione (ma non il consiglio di sorveglianza) può domandare che l'autorizzazione sia deliberata dall'assemblea (con decisione adottata a maggioranza di almeno tre quarti dei voti, non disponibile: § 111 *Abs.* 4 *S.* 3-5 *AktG*). Analoga disposizione si trova nel diritto francese (art. 100 decreto n. 67-236 del 1967).

²⁵ In ogni caso, il consiglio di sorveglianza ha dovere di convocare l'assemblea straordinaria quando il bene della società lo esige (§ 111 *Abs.* 3 *AktG*).

²⁶ La carica di consigliere di sorveglianza è incompatibile con quella di consigliere di gestione, salvo la deroga costituita dalla nomina di un consigliere di sorveglianza, per non più di un anno e con sospensione temporanea dall'ufficio di sorvegliante, quale sostituto di un consigliere di gestione mancante ovvero nell'impossibilità di svolgere il proprio ufficio (§ 105 *AktG*).

sorveglianza in una funzione dinamica di controllo “concomitante”, di controllo “consultivo” e preventivo²⁷.

Nel contempo, è innegabile che, una volta attribuita ai sensi dell'originario § 111 *Abs. 4 S. 2 AktG* del 1965, questa competenza ad autorizzare atti di gestione, sebbene non fosse tale da assumere la connotazione di un potere decisionale pieno o d'istruzione e d'ingerenza vincolante²⁸, finiva per e intendeva tradursi nella riserva al consiglio di sorveglianza di poteri di compartecipazione e di collaborazione nella gestione²⁹, idonei a determinare una qualificazione dello stesso consiglio di sorveglianza come organo non solo di vigilanza bensì titolare di “competenze imprenditoriali”. Il tutto nella continua consapevolezza che la sempre maggiore centralità acquisita nel diritto azionario tedesco dal consiglio di sorveglianza andava di pari passo con l'accrescersi dell'incertezza addirittura sulla questione delle sue origini e delle controversie relative alla più efficiente disciplina dell'organo³⁰.

Modifiche della ovvero aggiunte alla disciplina del sistema dualistico di diritto tedesco si devono alle leggi sulla cogestione del 1951, 1952, 1956 e 1976³¹; nonché, tra le altre, alla legge sul controllo e la trasparenza nell'impresa (*Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmen: KontraG*) del 1998³², alla legge sull'azione nominativa e sulla facilitazione dell'esercizio del diritto di voto (*Gesetz zur Namenaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung: NaStraG*) del 2001³³, alla legge sulla trasparen-

²⁷ *Lutter*, Il sistema, 104; *Balp*, Art. 2409-octies, 22; *Schiuma*, Art. 2409/IX, 676; *Id.*, Art. 2409/XIII, 403; *Id.*, I poteri, 719 ss.; *Rondinelli*, Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di sorveglianza, 176; *G.B. Portale*, Il sistema, 680; *Cariello*, Il sistema, II ed., 188 s., nt. 188, 202, nt. 224, 236, nt. 284 e 237 ss., nt. 287; *Tombari*, Sistema, 714 ss.

²⁸ *Balp*, Art. 2409-octies, 20; *G.B. Portale*, La società, 6 ss.; *Id.*, Il sistema, 686; *Cariello*, Il sistema, II ed., 229 ss.

²⁹ *Balp*, Art. 2409-octies, 15; *Schiuma*, I poteri, 719, nt. 97, 722 s.; *G.B. Portale*, Il sistema, 681; *Cariello*, Il sistema, II ed., 225 s., nt. 269, e 238 s., n. 287.

³⁰ Il sistema, con differenze non marginali rispetto alla disciplina delle società azionarie, resta adottabile anche nelle s.r.l. e nelle s.a.p.a., dove la competenza del consiglio di sorveglianza viene limitata all'esecuzione delle deliberazioni degli azionisti accomandatari: per cenni, *Breida*, Art. 2409 octies, 1105; *Schiuma*, Art. 2459, in: La riforma, 1062.

³¹ In forza delle quali, in particolare, risultò prescritta, prima solo per il settore minerario e siderurgico e successivamente per tutte le s.p.a. con oltre duemila dipendenti [§ 7 della legge sulla cogestione: *Mitbestimmungsgesetz (MitbestG)*], la composizione paritetica azionisti-lavoratori nel consiglio di sorveglianza. La prevalenza del potere d'influenza della proprietà azionaria fu (ed è) però assicurata da alcune disposizioni relative alla struttura e al funzionamento del consiglio di sorveglianza: in particolare, il suo presidente è nominato tra i componenti espressione della proprietà e, in caso di parità, il suo voto vale doppio (§§ 29 *Abs. 2* e 31 *Abs. 4 MitbestG*).

³² Vengono previsti il dovere di informazione del consiglio di gestione al consiglio di sorveglianza sulla politica aziendale programmata e sui piani dell'attività d'impresa e il conseguente dovere del consiglio di gestione di discutere con il consiglio di sorveglianza tali materie e di comunicare eventuali scostamenti verificatisi nella loro realizzazione; la competenza del consiglio di sorveglianza all'attribuzione dell'incarico alla società di revisione: §§ 90 *Abs. 1 Nr. 1* e 111 *Abs. 2 S. 3 AktG*; cfr. *G.B. Portale*, Il sistema, 677 s.

³³ Si consente, in forza di clausola statutaria ovvero norma del regolamento del consiglio di sorveglianza, o, in mancanza di tale previsione, allorché non vi sia opposizione di nessuno dei componenti del consiglio di sorveglianza, il ricorso ai nuovi strumenti di telecomunicazione per le riunioni del consiglio di sorveglianza (§ 108, *Ab. 4 AktG*).

za e la pubblicità (*Transparenz- und Publizitätsgesetz: TransPuG*) del 2002³⁴ e alla legge sull'adeguatezza del compenso del consiglio di gestione (*Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung: VorstAG*) del 2009³⁵.

Un importante ruolo di orientamento interpretativo per l'applicazione del sistema dualistico alle società quotate è svolto da Codice di Autodisciplina tedesco (*Deutscher Corporate Governance Kodex*³⁶). Questo, infatti, rivolge alle società quotate raccomandazioni redatte alla stregua dell'interpretazione della disciplina del sistema dualistico ritenuta dagli estensori del Codice la più conforme alle migliori regole del governo societario delle società quotate. Si tratta di raccomandazioni tenute in massima considerazione dalle società al fine della concreta articolazione delle loro regole, statutarie o meno, di funzionamento³⁷. Inoltre, esse costituiscono base di partenza per l'elaborazione di ulteriori raccomandazioni di natura autoregolamentare³⁸; fungono

³⁴ Le novità riguardano, oltre al dovere di informazione del consiglio di gestione al consiglio di sorveglianza in relazione alle società figlie e alle imprese comuni: la legittimazione dei singoli componenti del consiglio di sorveglianza a chiedere al consiglio di gestione ulteriori informazioni e relazioni e a convocare il consiglio di sorveglianza (§§ 90 *Abs.* 3 *S.* 2 e 110 *Abs.* 2 *AktG*); l'obbligo dei vari comitati del consiglio di sorveglianza di riferire con regolarità all'organo (§ 107 *Abs.* 3 *AktG*); la fissazione per tutte le società della frequenza almeno bimestrale per semestre delle riunioni del consiglio di sorveglianza, con possibilità, a seguito di delibera adottata a maggioranza, di riduzione a una a semestre per le società non quotate (§ 110 *Abs.* 3 *AktG*); l'obbligo di prevedere in statuto ovvero di stabilire con delibera del consiglio di sorveglianza un catalogo di atti di gestione soggette alla sua autorizzazione (§ 111 *Abs.* 4 *S.* 2 *AktG*); l'obbligo del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza di rendere pubblico l'accoglimento o meno delle raccomandazioni del Codice di *Corporate Governance* (§ 161 *AktG*); la competenza del consiglio di sorveglianza ad approvare il bilancio consolidato (§ 171 *Abs.* 2 *S.* 5 *AktG*); cfr. *Baums*, Il sistema, 1 ss.; *Hopt*, Direzione, 199; *Balp*, Art. 2409-*octies*, 23 s.; *Schiuma*, I poteri, 720; *G.B. Portale*, Il sistema, 678 s.

³⁵ Le innovazioni concernono il potere del consiglio di sorveglianza di ridurre unilateralmente i compensi dei componenti del consiglio di gestione (§ 87 *AktG*); nelle società quotate, il voto consultivo dell'assemblea sul sistema del compenso (§ 120 *Abs.* 4 *AktG*); la responsabilità dei componenti del consiglio di sorveglianza per avere stabilito una retribuzione sproporzionata dei componenti del consiglio di gestione (§ 116 *AktG*); nelle società quotate, un c.d. *Cooling-off Period* (divieto della c.d. porta girevole), della durata di due anni dalla cessazione della precedente carica, affinché un consigliere di gestione possa essere nominato consigliere di sorveglianza, salvo che la sua nomina non venga proposta da tanti soci titolari di oltre il 25% dei voti (§ 100 *Abs.* 2 *Nr.* 4 *AktG*); cfr. *G.B. Portale*, Un nuovo capitolo, 2 ss.; v. anche nt. 40.

³⁶ Nella versione del 26 maggio 2010 (precedenti versioni: giugno 2009, giugno 2008, giugno 2007, febbraio 2002, gennaio e giugno 2000).

³⁷ Per esempi di statuti e regolamenti degli organi di banche tedesche: *G.B. Portale*, Il sistema, 682 ss.; *Balp/Strampelli*, Il sistema, 760 ss.

³⁸ Cfr. le Tesi del *Roundtable des Berlin Center of Corporate Governance* (BCCG); traduzione in italiano di *Cariello/Haberl*, Requisiti, 254 ss. Secondo queste proposte, l'efficienza del consiglio di sorveglianza aumenta con la qualificazione professionale e l'indipendenza dei suoi componenti. Le composizioni soggettive dei consigli di sorveglianza e le procedure di selezione devono permettere di dotare le società di un organo che si presenti potenzialmente e concretamente idoneo a svolgere le funzioni, esercitare le competenze e i poteri, adempiere i doveri di cui è investito. La composizione del consiglio di sorveglianza dovrebbe nel complesso assicurare che tutti i doveri si prestino a essere assolti con sufficiente competenza e adeguata disponibilità di tempo. Questi doveri andrebbero a riguardare non solo la più costante partecipazione possibile alle riunioni dell'organo, ma anche la preparazione delle stesse. Ogni componente del consiglio di sorveglianza dovrebbe denotare

da orientamento per l'interpretazione di quella disciplina³⁹; assolvono al ruolo di principi ispiratori per future modifiche della disciplina medesima⁴⁰.

In particolare, il Codice di Autodisciplina chiarisce che:

(i) il consiglio di gestione determina l'orientamento strategico della società e, coordinandosi con il consiglio di sorveglianza, ne assicura la realizzazione (§ 4.1.2);

(ii) il consiglio di sorveglianza è competente ad approvare le operazioni di particolare rilievo tra la società e i componenti del consiglio di gestione, tra questi e persone a loro vicine ovvero con società con le quali i gestori hanno una relazione personale (§ 4.3.4);

(iii) il consiglio di sorveglianza deve essere coinvolto nelle decisioni di fondamentale importanza per l'impresa (§ 5.1.1);

(iv) il consiglio di sorveglianza deve provvedere assieme al consiglio di gestione affinché venga predisposta una pianificazione a lungo termine dell'organico di quest'ultimo (§ 5.1.2);

(v) il consiglio di gestione coordina l'orientamento strategico dell'impresa con il consiglio di sorveglianza e discute con questo a intervalli regolari lo stato di realizzazione delle strategie (§ 3.2);

(vi) lo statuto o il consiglio di sorveglianza predispongono una disciplina per l'approvazione da parte del consiglio di sorveglianza delle operazioni di importanza fondamentale. Per tali si intendono le decisioni o misure che modificano sostanzialmente la situazione patrimoniale, finanziaria o reddituale dell'impresa (§ 3.3);

(vii) l'aggiornamento dell'informazione del consiglio di sorveglianza è compito congiunto di quest'ultimo e del consiglio di gestione. Questo informa periodicamente, tempestivamente ed esaustivamente il consiglio di sorveglianza su tutte le materie importanti per l'impresa con riferimento alla pianificazione, allo sviluppo degli affari, alle situazioni di rischio e alla gestione dei rischi (§ 3.4);

(viii) il consiglio di gestione evidenzia gli scostamenti dell'andamento degli affari

un livello possibilmente eccellente in merito a specifici requisiti di qualificazione. Nella concretizzazione di questi, bisognerebbe distinguere tra le qualifiche che ogni consigliere di sorveglianza deve possedere e i requisiti ulteriori richiesti a componenti aventi funzioni e incarichi specifici (segnatamente: presidente del consiglio di sorveglianza, componenti dei comitati). La procedura per la nomina dovrebbe individuare, per quanto riguarda un adeguato profilo di qualificazione, persone che siano il più possibile idonee a un inserimento nel consiglio.

³⁹ *Amatucci*, L'efficienza, 398 s. (con attenzione al testo del 2002); *Cariello*, Il sistema, II ed., 77, nt. 131, 92, nt. 21, 93, nt. 23, 106, nt. 45, 193, nt. 197, 197, nt. 210, 226, nt. 269, 329, nt. 265, 269, nt. 338, 300, nt. 391; *G.B. Portale*, Un nuovo, 2, 4 s., 6 s., 8; meno di recente, *Lutter*, Una introduzione, 235 ss.; cenni in *Massa Felsani*, "Interferenze", 883 s., nt. 29-30.

⁴⁰ Ad esempio: la menzionata introduzione, nel 2009, del nuovo § 100 *Abs.* 4 Nr. 4 *AktG*, il quale impone nelle società quotate un c.d. *Cooling-off Period*, risulta ispirato dalla raccomandazione contenuta nel Codice di Autodisciplina intesa a limitare tale passaggio a casi eccezionale e adeguatamente motivati (§§ 5.3.2 e 5.4.4) e dal dibattito suscitato da tale disposizione del Codice di Autodisciplina tedesco e dalla sua conformità al § 3.2. della Raccomandazione CE sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui compiti del consiglio di amministrazione o di sorveglianza, 15 febbraio 2005; cfr. *Cariello*, Il sistema, II ed., 77, nt. 131. Altri esempi sono quelli della ricordata riforma, nel 2009, delle regole sul compenso dei componenti del consiglio di gestione: cfr. *G.B. Portale*, Un nuovo, 2 ss.

rispetto agli obiettivi precedentemente formulati e ne indica le ragioni (§ 3.4.);

(ix) il consiglio di sorveglianza deve definire gli obblighi di informazione e relazione a carico del consiglio di gestione (§ 3.4);

(x) il presidente del consiglio di sorveglianza coordina il lavoro dell'organo; presiede i comitati che si occupano dei rapporti economici con i componenti del consiglio di gestione (ma non dovrebbe presiedere contestualmente anche il comitato per il controllo interno); mantiene regolarmente contatti con il consiglio di gestione, in particolare con il suo presidente, e si consulta con loro sulla strategia, sullo sviluppo operativo e sulla gestione dei rischi di impresa; deve essere informato senza indugio dal presidente del consiglio di gestione sugli eventi straordinari che sono di importanza fondamentale per le valutazioni in ordine allo sviluppo e alla gestione dell'impresa; deve informare in questo caso il consiglio di sorveglianza e, se necessario, convocare una sua riunione (§ 5.2);

(xi) il consiglio di sorveglianza deve costituire comitati interni. Il presidente di ciascun comitato riferisce periodicamente al consiglio di sorveglianza sul lavoro svolto dal suo comitato (§ 5.3.1). Deve essere istituito un comitato per il controllo interno, il quale si occupa, in particolare, della contabilità e della gestione dei rischi, dell'indipendenza del revisore contabile, dell'affidamento dell'incarico di revisione. È auspicabile che il presidente di tale comitato non abbia ricoperto in precedenza una carica nel consiglio di gestione (§ 5.3.2). Il consiglio di sorveglianza può affidare a uno o più comitati la trattazione di altre materie, quali la strategia di impresa, la remunerazione dei componenti del consiglio di gestione, gli investimenti e i finanziamenti (§ 5.3.3). Il consiglio di sorveglianza può affidare ai comitati il compito di preparare le riunioni del consiglio di sorveglianza e di adottare decisioni in luogo del consiglio di sorveglianza (§ 5.3.4).

3. Lo Statuto di Società Europea

Nel diritto comunitario, degna di attenzione è la disciplina del sistema dualistico di amministrazione e controllo contemplata nel Regolamento CE n. 2157 del Consiglio dell'8 ottobre 2001 sullo Statuto della Società Europea (artt. 38-42, 46-51)⁴¹, la quale trova pressoché integrale ripetizione, sebbene non senza qualche rilevante diversità e peculiarità, anche nel Regolamento CE n. 1435 del Consiglio del 22 luglio 2003 sullo Statuto di Società Cooperativa Europea (artt. 37-41, 45-51)⁴².

Lo Statuto della Società Europea deve stabilire il numero dei componenti dell'or-

⁴¹ *Rescio*, La Società, 967 ss.; *Id.*, La Società Europea: una società, 1063 ss.; *Miola*, Lo statuto, 355 ss.; *Balp*, Art. 2409-*octies*, 25 ss.; *Schiama*, Il sistema, 688 s., nt. 10; *Cottino*, Diritto, 470 ss.; *Sarcina*, *Corporate*, 23 ss.; *Pernazza*, I modelli, 70 ss.; *Id.*, Sistema, 169 ss.; *Rivaro*, La struttura, 1297 ss.; *M. Bianca/Zanardo*, La Società, 143 ss.; *Caterino*, La società, 2065 ss.; *Abriani*, La Società, 1077 ss.

⁴² *Presti*, Le fonti, 778 ss.; *Racugno*, La società, 315 ss. Significative, tuttavia, le due differenze rappresentate (i) dalla competenza inderogabile dell'assemblea della Società Cooperativa Europea all'approvazione del bilancio di esercizio; (ii) dalla possibilità che le legislazioni degli Stati membri attribuiscono all'assemblea e non all'organo di vigilanza la nomina dei componenti dell'organo di direzione.

gano di direzione ovvero le regole per determinarlo, riconoscendosi peraltro a ogni Stato membro la possibilità di indicare il numero minimo e il numero massimo (art. 39, § 4) e consentendosi allo Statuto, salvo contraria disposizione della legislazione nazionale, che una società ovvero un'altra entità giuridica sia nominata quale componente dell'organo (ma anche di quello di vigilanza), dovendo in questo caso la società ovvero l'entità medesime designare un rappresentante persona fisica ai fini dell'esercizio dei poteri del componente (art. 47, § 1). Così per l'organo di direzione, come per quello di vigilanza, ove non disposto diversamente dallo Statuto, in caso di parità nella votazione prevale il voto del presidente (art. 50, § 2).

Quanto all'organo di vigilanza, è prescritto che: (i) i suoi componenti siano nominati dall'assemblea, pur potendo essere prevista la nomina da parte dello Statuto dei primi componenti (art. 40, § 2); (ii) il loro numero ovvero le regole per determinarlo siano stabilite dallo Statuto della Società Europea, sebbene ogni Stato membro possa stabilire tale numero nel minimo e nel massimo (art. 40, § 3); (iii) l'organo di direzione informi l'organo di vigilanza, con cadenza almeno trimestrale, sull'andamento degli affari sociali e sulla loro probabile evoluzione e comunichi in tempo utile allo stesso organo di vigilanza informazioni su avvenimenti che possano avere ripercussioni sensibili sulla situazione della società (art. 41, §§ 1 e 2); (iv) l'organo di vigilanza – e, se la legislazione dello Stato membro lo prevede, anche ogni suo singolo componente – possa chiedere all'organo di direzione ragguagli di ogni genere necessari all'esercizio della funzione di controllo (art. 41, § 3); (v) il medesimo organo possa procedere ovvero fare procedere alle verifiche necessarie all'esercizio delle sue funzioni (art. 41, § 4); (vi) ogni componente dell'organo di vigilanza abbia il diritto-potere di acquisire conoscenza di tutte le informazioni comunicate al proprio organo (art. 41, § 5).

Si può osservare che nell'art. 38, lett. b), Regol. n. 2157/2001 il sistema dualistico risulta contrassegnato dalla distinzione dell'organo di vigilanza dall'organo di direzione (v. anche art. 40, § 1), sebbene una simile classificazione potrebbe sembrare adattabile sia al sistema dualistico quale appunto previsto in Francia e Germania, oltre che in altri Paesi europei⁴³, sia al sistema di amministrazione e controllo italiano tradizionale, in quanto pure questo prevede un organo di controllo (collegio sindacale) distinto dall'organo di gestione (amministratore unico ovvero consiglio di amministrazione)⁴⁴. Conferme in questo senso parrebbero rintracciabili sia nell'art. 39, § 2, Regol. n. 2157/2001, là dove è fatta salva la possibilità che i componenti dell'organo di direzione siano nominati e revocati, per legge interna o per statuto, dall'assemblea alle stesse condizioni in cui ciò è stabilito per le s.p.a. di diritto interno; sia nell'estrema genericità della definizione della funzione di vigilanza contenuta nell'art. 40, § 1, Regol. n. 2157/2001 identificata come il controllo della gestione quale assicurata dall'organo di direzione⁴⁵.

Piuttosto, qualche dubbio che il sistema dualistico quale disciplinato dal Regol.

⁴³ Tra altri: Austria, Olanda, Portogallo, Danimarca, Finlandia, Svezia, Lussemburgo, Slovenia, Ungheria, Polonia, Bulgaria, Russia.

⁴⁴ *Rescio*, La Società Europea, 969; *Balp*, Art. 2409-*octies*, 4. Diversamente *Pernazza*, I modelli, 84 ss., il quale sembra ponga piuttosto la questione della "compatibilità" del sistema tradizionale di diritto italiano con quello monistico disciplinato nel Regol. n. 2157/2001.

⁴⁵ *Rescio*, La Società Europea, 970.

n. 2157/2001 sia suscettibile di includere anche il sistema tradizionale di diritto italiano⁴⁶ potrebbe forse essere suscitato dalla compatibilità con questo sistema, in particolare, di quattro previsioni riferite al sistema dualistico in esame⁴⁷. Si pensa non solo (i) all'art. 39, § 3, il quale prevede che, in caso di *vacatio* nella gestione, l'organo di vigilanza possa designare un proprio componente per esercitare la funzione di componente dell'organo di direzione, con contemporanea sospensione della funzione di componente dell'organo di vigilanza in quanto non risulta ammesso esercitare contemporaneamente le due funzioni⁴⁸; e (ii) all'art. 42, il quale attribuisce allo stesso organo di vigilanza la competenza a nominare il proprio presidente; ma anche (e piuttosto) (iii) all'art. 39, § 5, secondo cui uno Stato membro nel quale non sia previsto un sistema dualistico per le s.p.a. di diritto nazionale «può adottare misure appropriate relativamente alle SE», potendo forse sembrare la disposizione, implicitamente, ammettere un'alternativa rispetto a sistemi “altri” rispetto a un sistema dualistico (e monistico) solo allorché tale sistema, appunto, non risulti disciplinato dal diritto nazionale⁴⁹; e (iv) all'art. 48, § 1, a mente del quale lo Statuto specifica le categorie di operazioni soggette ad autorizzazione dell'organo di vigilanza, salva la possibilità di ogni Stato membro di prevedere che lo stesso organo di vigilanza sia di per sé titolare del potere di subordinare a propria autorizzazione determinate categorie di operazioni⁵⁰.

In realtà, al fine di superare le prospettate obiezioni, si potrebbe osservare, su un piano più generale, che forse la sussunzione del sistema tradizionale (di matrice latina) e del sistema dualistico nella tipologia del sistema dualistico quale nominata dal

⁴⁶ Denominato, in alternativa, trialistico da N. Salanitro, *Nozione*, 378.

⁴⁷ Da subito si può accennare, in termini generali (per alcune singoli profili problematici, v. dopo) alla questione – affrontata in dettaglio, tra i primi, da Rescio, *La Società Europea*, 970 ss. –, relativa alla possibilità dell'autonomia statutaria di attingere alla normativa comunitaria in materia di Società Europea (ma pure di Società Cooperativa Europea) al fine di costruire la regolamentazione dispositiva (di derivazione appunto statutaria) di società di diritto italiano a sistema dualistico. Tralasciando per il momento le integrazioni su cui è possibile imbastire una riflessione, preme osservare che, ai sensi del diritto italiano, devono essere considerate non ammissibili (v. pure dopo), in quanto non compatibili con le specificità dei singoli organi e del sistema dualistico di diritto nazionale, clausole statutarie che: (i) ispirandosi all'art. 39, § 2, comma 1, Regol. n. 2157/2011, prevedano la gestione unipersonale; (ii) guardando all'art. 39, § 2, comma 2, Regol. n. 2157/2001, attribuiscono all'assemblea la nomina e/o la revoca dei componenti del consiglio di gestione; (iii) riferendosi all'art. 42 Regol. n. 2157/2001, riservino al consiglio di sorveglianza la nomina del proprio presidente; (iv) avendo in mente l'art. 48, § 1, Regol. n. 2157/2001, vengano dettate ritenendo obbligatoria la previsione di operazioni da sottoporre all'autorizzazione preventiva del consiglio di sorveglianza (contemplate dallo statuto ovvero che il consiglio di sorveglianza si riservi di indicare, di volta in volta, come oggetto della sua preventiva autorizzazione).

⁴⁸ Possibilità che, peraltro, risulta tutt'altro che di certa praticabilità anche nel sistema dualistico di diritto italiano: v. dopo.

⁴⁹ Di guisa che, si potrebbe tentare di proseguire, semmai un problema di adozione di Società Europea con sistema tradizionale di diritto italiano aveva senso di essere posto, a rigore, prima della riforma del 2003, con la quale si è introdotto un sistema dualistico per le s.p.a.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 48, § 2, Regol. n. 2157/2001, uno Stato membro può determinare le categorie di operazioni da includere tra quelle per le quali lo Statuto deve prevedere l'autorizzazione dell'organo di vigilanza.

Regol. n. 2157/2001 non vada misurata sulla specifica corrispondenza delle regole di questo a quelle di diritto interno, bensì sulla caratteristica di vertice costituita, appunto, dall'esercizio – nei sistemi dualistico e tradizionale – della funzione di controllo o vigilanza da parte di un organo esterno al e non ricavato nell'organo di gestione (come accade, invece, nel sistema monistico): e in questa prospettiva, allora, tanto nel sistema tradizionale di diritto interno quanto nel sistema dualistico della Società Europea, si registrerebbe una piena convergenza strutturale di distinta titolarità organica delle funzioni di direzione (gestione) e vigilanza in capo a due differenti organi, i cui stessi singoli rispettivi componenti non possono esercitare contemporaneamente le due funzioni⁵¹.

II

L'introduzione del sistema dualistico nel diritto italiano delle società di capitali

Bibliografia: *Abbadessa*, Organizzazione della funzione amministrativa nelle società per azioni: esperienze straniere e prospettive di riforma, Riv. soc.1970, 1238; *Id.*, Gli organi di gestione nella società per azioni: riflessioni critiche, in: Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti, a cura di *Abbadessa/Rojo*, 1993, 287; *Id.*, Assemblea, amministrazione e controllo, in: Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università Cattolica di Milano, Riv. soc. 2002, 1472; *Id.*, L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma, in: Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative, a cura di *M. Rescigno/Sciarone Aibrandi*, 2004, 43; *Id.*, Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello, in: Sistema dualistico e *governance* bancaria, a cura di *Abbadessa/Cesarini*, 2009, 1; *Id./A. Mirone*, Le competenze dell'assemblea nella s.p.a., Riv. soc. 2010, 269; *Abete*, Azione di responsabilità contro amministratori e membri degli organi di controllo, in: Fallimento e altre procedure concorsuali, diretto da *Fauceglia/Panzani*, 2, 2009, 1473; *Alessandri*, in: Un seminario sul sistema dualistico, Giur. comm. 2008, I, 1235; *Associazione Preite*, Il nuovo diritto delle società, a cura di *Olivieri/Presti/Vella*, 2003; *Assonime*, Il testo unico della revisione legale, Circolare n. 16/ 2010; *Balp*, Art. 2409-*octies*, in: Sistemi alternativi di amministrazione e controllo, a cura di *F. Ghezzi*, in: Commentario alla riforma delle società diretto da *P. Marchetti/L.A. Bianchi/F. Ghezzi/Notari*, 2005, 3; *Benassi*, Art. 2446, in: Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, a cura di *Maffei Alberti*, II, 2004, 1664; *Benazzo*, "Condizioni d'uso" del sistema dualistico, Giur.

⁵¹ Fermo restando che si danno regole, pure e nel contempo, comuni al sistema dualistico della Società Europea e al sistema tradizionale di diritto italiano: divieto di simultaneo esercizio per un soggetto delle funzioni di componente dell'organo di vigilanza e dell'organo di gestione; divieto per l'organo di vigilanza di esercitare il potere di gestione; possibilità di gestione unipersonale. Di regola comune non si può invece parlare per quella relativa alla competenza all'approvazione del bilancio di esercizio, stante la circostanza che l'art. 61 Regol. n. 2157/2001, non disciplinando la materia, rinvia «alle disposizioni applicabili alle società per azioni che dipendono dalla giurisdizione dello Stato membro in cui [la Società Europea] ha la sede sociale».

comm. 2009, I, 702; *Bonaccorsi di Patti*, Art. 2446, in: La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/II, 2003, 941; *Boggio*, Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione), in: Amministrazione e controllo nel diritto delle società. *Liber amicorum* Antonio Piras, 2010, 852; *Bonafini*, I compensi degli amministratori di società per azioni, 2005; *Breida*, Art. 2409 octies, in: Il nuovo diritto societario, commentario diretto da *Cottino/G. Bonfante/Cagnasso/Montalenti*, *, 2004, 1094; *Brogi*, Strategie: il modello dualistico nelle banche e nelle società quotate italiane, *Bancaria* n.5/2008, 34; *Buonocore*, Commento breve al decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 6, recante la "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative", in attuazione della legge 3 ottobre 2001 n. 366, in: La riforma delle società. Supplemento al n. 4/2003 di *Giur. comm.*, 2003, 8; *Id.*, Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate, *Giur. comm.* 2003, I, 389; *Calabrò*, Sistema dualistico e *governance* bancaria, in: Sistema dualistico e *governance* bancaria, a cura di *Abbadessa/Cesarini*, 2009, 201; *Calandra Buonauro*, I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario, *Giur. comm.* 2003, I, 535; *Id.*, in: Un seminario sul sistema dualistico, *Giur. comm.* 2008, I, 1239; *Id.*, Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo, in: Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone, diretto da *Benazzo/Cera/Patriarca*, 2011, 654; *M. Campobasso*, L'impatto della riforma sul sistema societario italiano: l'esperienza dei primi anni di applicazione, *Notariato* 2008, 305; *Cariello*, La disciplina "per derivazione" del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate), *Riv. soc.* 2005, 36; *Id.*, Organizzazione "strutturale" e organizzazione "procedimentale" del consiglio di sorveglianza, *RDS* 2008, 262; *Id.*, Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria, II ed., 2009; *Id.*, Operazioni con parti correlate e sistema dualistico, *Riv. dir. comm.* 2011, I, 181; *Caselli*, I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a., *Contr. impr.* 2003, 149; *Cera*, Il sistema dualistico e l'ordinamento bancario, *Riv. soc.* 2008, 915; *Id./Presti*, Commento breve al Documento di Banca d'Italia Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche, *AGE* 2/2007, 605; *G.E. Colombo*, Del bilancio, in: Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università Cattolica di Milano, *Riv. soc.* 2002, 1490; *Id.*, Amministrazione e controllo, in: Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari, 2004, 175; *Corapi*, Art. 2380, in: Commentario romano al nuovo diritto delle società, diretto da *F. d'Alessandro*, II, II, 2011, 1; *Id.*, Artt. 2409-octies-2409-quinquiesdecies, in: Commentario romano al nuovo diritto delle società, diretto da *F. d'Alessandro*, II, II, 2011, 411; *Costi*, Nuove regole e nuova *governance* per le banche, *www.lavoce.info*; *Id.*, Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia, *Giur. comm.* 2008, I, 1270; *Id./Vella*, Sistema dualistico e vigilanza bancaria: alla ricerca di un difficile equilibrio, *AGE* 2/2007, 481; *De Mari*, *Corporate governance* e nuovo codice di autoregolamentazione delle società quotate, *Riv. dir. priv.* 2003, 479; *Delle Monache*, Questioni attuali del diritto societario europeo, *Riv. dir. civ.* 2009, II, 1; *Di Battista/Schwizer*, L'adozione del modello dualistico da parte delle banche, in: Il modello dualistico: dalla norma all'attuazione, a cura di *Casiraghi/Negri-Clemente/Schwizer*, 2009, 77; *F. Di Sabato*, Diritto delle società, III ed. aggiornata da *Blandini*, 2011; *Facchin*, Il controllo nelle società per azioni: concorrenza tra modelli, *Contr. impr.* 2004, 357; *P. Ferro-Luzzi*, L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo, *AGE* 2/2007, 231; *Id.*, Onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti nell'esercizio dell'impresa bancaria nel sistema dualistico, in: Sistema dualistico e *governance* bancaria, a cura di *Abbadessa/Cesarini*, 2009, 145; *Fortunato*, I controlli nella riforma delle società, *Società* 2003, 303; *Id.* La nuova disciplina dei controlli delle società per azioni: il punto di vista del giurista, in: La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto, a cura di *Abriani/Onesti*, 2004, 89; *A. Gambino*, in: Un seminario sul sistema

dualistico, Giur. comm. 2008, I, 1246; *Id./D.U. Santosuosso*, in: *Fondamenti di diritto commerciale*, a cura di *A. Gambino*, II, II ed., 2007; *Garilli*, *L'azione sociale di responsabilità nei confronti dei consiglieri di gestione*, Riv. soc. 2010, 350; *F. Ghezzi*, *La riforma delle società di capitali. Un confronto tra i sistemi di amministrazione e controllo: primi appunti sulle caratteristiche dei modelli dualistico e monistico*, *www.associazionepreite.it*; *Id.*, Art. 2409-novies, in: *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di *F. Ghezzi*, in: *Commentario alla riforma delle società* diretto da *P. Marchetti/L.A. Bianchi/F. Ghezzi/Notari*, 2005, 43; *Guaccerro*, Artt. 2409/VIII-XV, in: *Società di capitali. Commentario*, a cura di *Niccolini/A. Stagno d'Alcontres*, II, 2004, 865; *Id.*, *Quotazione e sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Giur. comm. 2004, I, 662; *Guerrera*, *Le soluzioni concordatarie*, in: *AA.VV.*, *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, 2008, 131; *Id.*, *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, in: *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di *Di Marzio/Macario*, 2010, 575; *Id.*, *Il concordato delle società*, in: *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, commentario sistematico diretto da *Jorio/Fabiani*, 2010, 911; *G. Guizzi*, Art. 2390, in: *Società di capitali. Commentario*, a cura di *Niccolini/A. Stagno d'Alcontres*, II, 2004, 641; *Hirte*, *I sistemi di amministrazione e controllo della società per azioni nel diritto societario riformato visti con gli occhi di un giurista tedesco*, in: *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da *Abbadessa/Portale*, 4, 2007, 501; *Ibba*, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in: *Il sistema dualistico: prospettive e potenzialità applicative*, a cura di *Nardone/Tombari*, 2009, 107 ss.; *Lamandini*, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in: *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale*, Università Cattolica di Milano, Riv. soc. 2002, 1495; *Id.*, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Riv. soc. 2003, 490; *R. Lener*, *Appunti sull'organo di sorveglianza delle società per azioni nelle proposte di legge delega sulla riforma delle società non quotate*, in: *Associazione Preite, Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, a cura di *Benazzo/F. Ghezzi/Patriarca*, 2002, 197; *Id.*, *Gli amministratori indipendenti*, in: *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di *G. Scognamiglio*, 2003, 115; *Id.*, Art. 2377, in: *Società di capitali. Commentario*, a cura di *Niccolini/A. Stagno d'Alcontres*, I, 2004, 546; *Id.*, *“Speciali remunerazioni” dei consiglieri di sorveglianza nelle banche a governo dualistico*, in: *La remunerazione degli amministratori nelle società di capitali*, a cura di *C. Amatucci*, 2010, 93; *Libertini*, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, RDS 2008, 237; *Libonati*, *Assemblea e patti parasociali*, Riv. dir. comm. 2002, I, 463; *Id.*, *Il paradosso del consiglio di sorveglianza dopo la legge 262/2005*, Riv. dir. comm. 2006, I, 655; *Lovisatti*, *Codice di autodisciplina e sistema dualistico*, AGE 2/2007, 465; *Mafezzoni*, Art. 2364-bis, in: *Assemblea*, a cura di *Picciau*, in: *Commentario alla riforma delle società*, a cura di *P. Marchetti/L.A. Bianchi/F. Ghezzi/Notari*, 2008, 35; *P. Magnani*, Art. 2409-terdecies, in: *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di *F. Ghezzi*, in: *Commentario alla riforma delle società* diretto da *P. Marchetti/L.A. Bianchi/F. Ghezzi/Notari*, 2005, 135; *G. Marano*, *La governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, in: *Le nuove s.p.a., opera diretta da Cagnasso/Panzani*, **, 2010, 2171; *P. Marchetti*, Art. 2367, in: *Commentario alla riforma delle società* diretto da *P. Marchetti/L.A. Bianchi/F. Ghezzi/Notari*, 73; *Massa Felsani*, *“Interferenze” del consiglio di sorveglianza nella gestione dell'impresa: appunti dalla disciplina del governo delle banche*, Riv. dir. comm. 2008, I, 873; *Meloncelli*, Art. 2364/II, in: *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 259; *G. Minervini*, *Società per azioni: riforma anno zero*, Riv. soc. 1967, 1280; *Id.*, *Un «buco nero»: la disciplina delle società quotate in borsa*, in: *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di *G. Scognamiglio*, 2003, 73; *Id.*, Art. 2380, in: *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita*

per azioni, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 391; *Mollo*, La funzione di “alta amministrazione” del Consiglio di sorveglianza tra codice civile e disposizioni della vigilanza bancaria, *Giur. comm.* 2009, I, 157; *C. Montagnani*, Artt. 2364-2364/II, in: *Società di capitali. Commentario*, a cura di *Niccolini/A. Stagno d'Alcontres*, I, 2004, 446; *Id.*, Art. 2365, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di *Niccolini/A. Stagno d'Alcontres*, I, 2004, 460; *Montalenti*, Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali, *Riv. soc.* 2002, 1542; *Id.*, L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario, *Giur. comm.* 2003, I, 422; *Id.*, La riforma del diritto societario: profili generali, in: *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di *Ambrosini*, 2003, 1; *Id.*, Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario, in: *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di *M. Rescigno/Sciarrone Aibrandi*, 2004, 59; *Id.*, Art. 2380, in: *Il nuovo diritto societario, commentario diretto da Cottino/G. Bonfante/Cagnasso/Montalenti*, *, 2004, 664; *Id.*, Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative, *Banca, borsa tit. cred.* 2008, I, 688; *Mosco*, Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea, in: *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di *Benazzo/Patriarca/Presti*, 2003, 121; *Id.*, Art. 2380, in: *Società di capitali. Commentario*, a cura di *Niccolini/A. Stagno d'Alcontres*, I, 2004, 579; *G. Mucciarelli*, Qualche nota sulla convocazione dell'assemblea su richiesta dei soci, ai sensi dell'art. 2367 c.c., in: *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti. Liber discipulorum*, 2011, 481; *Olivero*, L'autonomia statutaria nella nuova disciplina dell'assemblea della società per azioni, *Riv. not.* 2003, I, 847; *Pacchi*, I concordati delle società, in: *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da *Fauceglia/Panzani*, 2, 2009, 1519; *A. Padoa-Schioppa*, La normativa sulle società per azioni: proposte e riforme, un concerto a più voci (1882-1942), in: *Tra imprese e istituzioni. 100 anni di Assonime*, 4, *A. Padoa-Schioppa/P. Marchetti*, La società per azioni, 2010, 5; *F. Pasquariello*, Artt. 2364-2366, in: *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di *Maffei Alberti*, I, 2004, 440; *Peruzzo*, Art. 2409 undecies, in: *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da *Fauceglia/Schiano di Pepe*, II, *, 2007, 993; *Petrizzini*, Artt. 2364-2364 bis, in: *Il nuovo diritto societario, commentario diretto da Cottino/G. Bonfante/Cagnasso/Montalenti*, *, 2004, 469; *Id.*, Art. 2365, in: *Il nuovo diritto societario, commentario diretto da Cottino/G. Bonfante/Cagnasso/Montalenti*, *, 2004, 483; *V. Pinto*, Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa sociale, *Riv. dir. impr.* 2004, 439; *Poli*, Art. 2380, in: *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di *Maffei Alberti*, I, 2004, 621; *G.B. Portale*, Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali, *Riv. dir. priv.* 2002, 701; *Presti*, La riforma e le società quotate, in: *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di *M. Rescigno/Sciarrone Aibrandi*, 2004, 209; *Id.*, Banche e attuazione del sistema dualistico: il consiglio di gestione alla ricerca di una difficile identità, *Banca Impresa Società* 2008, 351; *Id.*, Il modello dualistico applicato alle banche, in: *Il sistema dualistico: prospettive e potenzialità applicative*, a cura di *Nardone/Tombari*, 2009, 143; *Rescio*, Assemblea dei soci. Patti parasociali, in: *AA.VV.*, *Diritto delle società [Manuale breve]*, IV ed., 2008, 183; *Id.*, L'assemblea e le decisioni dei soci, in: *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, 2004, 89; *Id.*, L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico), in: *Banca, borsa tit. cred.* 2008, I, 730; *Rufini*, Art. 2409-novies, in: *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di *Maffei Alberti*, II, 2004, 1129; *Id.*, Art. 2409-undecies, in: *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di *Maffei Alberti*, II, 2004, 1155; *C.*

Santagata, Le fusioni, in: Trattato delle società per azioni, diretto da *G.E. Colombo/G.B. Portale*, 7**1, 2004; *E. Santi*, Art. 2409-terdecies, in: Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, a cura di *Maffei Alberti*, II, 2004, 1165; *Santoni*, I flussi informativi tra comitato di gestione e consiglio di sorveglianza, in: Sistema dualistico e *governance* bancaria, a cura di *Abbadessa/Cesarini*, 2009, 33; *D.U. Santosuosso*, I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario, *Vita not.* 2003, 622; *Sarale*, Il nuovo volto dell'assemblea sociale, in: La riforma delle società. Profili della nuova disciplina, a cura di *Ambrosini*, 2003, 35; *Schiama*, Art. 2409/VIII, in: La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 665; *Id.*, Art. 2409/IX, in: La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 673; *Id.*, Art. 2409/XI, in: La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 686; *Id.*, Art. 2409/XII, in: La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni, a cura di *M. Sandulli/V. Santoro*, 2/I, 2003, 693; *R. Scognamiglio*, Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto, in: Commentario del codice civile *Scialoja/Branca*, 1970; *Spolidoro*, Gli acquisti pericolosi, in: Trattato delle società per azioni, diretto da *G.E. Colombo/G.B. Portale*, 1***, 2004, 679; *M. Stella Richter jr.*, Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni, in: Trattato delle società per azioni, diretto da *G.E. Colombo/G.B. Portale*, 1*, 2004, 167; *A. Toffoletto*, Amministrazione e controlli, in: *AA.VV.*, Diritto delle società [Manuale breve], IV ed., 2008, 210; *Tombari*, Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione" del consiglio di sorveglianza, *Banca, borsa tit. cred.* 2008, I, 709; *Tucci*, Gestione dell'impresa sociale e «supervisione» degli azionisti. L'esperienza italiana a confronto con la disciplina delle *public companies* nordamericane, 2003; *Turelli*, L'informazione sulla gestione nella società per azioni in liquidazione, in: Il nuovo diritto delle società. *Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da *Abbadessa/Portale*, 4, 2007, 1; *Vella*, Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione, *Giur. comm.* 2008, I, 1276; *Vivante*, Contributo alla riforma delle società anonime, *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 309; *R. Weigmann*, Sistemi alternativi di amministrazione e controllo, in: Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario, a cura di *G. Cian*, 2004, 213.

1. Il periodo anteriore alla riforma del 2003

All'esperienza tedesca legislativa immediatamente precedente alla legge azionaria del 1937 e al dibattito che accompagnò questa in Germania prestò attenzione parte della dottrina commercialistica italiana chiamata a mettere mano alla riforma del codice di commercio del 1882.

In questo contesto, si suggerì una riforma della disciplina italiana dell'amministrazione delle società che ponesse attenzione all'esperienza normativa tedesca del sistema dualistico – del quale, in realtà e allora, non veniva propugnata l'adozione in quanto tale nel diritto italiano –, non rinunciando, nel contempo, a elaborare soluzioni che superassero le criticità incontrate nell'interpretazione e nell'applicazione di quest'ultima e messe lucidamente in evidenza dalla dottrina e dalla giurisprudenza germaniche.

E così, presentando e illustrando la proposta di riforma, Cesare Vivante richiamava l'attenzione sull'affidamento dell'amministrazione della società a due organi per-

manenti, il comitato esecutivo e il consiglio⁵², i quali si completavano e controllavano reciprocamente, con un'attività che veniva dall'interno, ben più efficace di quella dei sindaci, considerata intermittente, sospetta e proveniente da fuori. L'amministrazione ordinaria e la rappresentanza erano affidate al comitato, che comunicava periodicamente – ogni quattro mesi – le proprie deliberazioni al consiglio. Funzioni e responsabilità dei due organi risultavano distinte e autonome. In particolare, il consiglio, salve le particolari attribuzioni che lo statuto gli affidava⁵³, rivedeva il bilancio, secondo le risultanze accertate dal comitato, e sulla loro base proponeva all'assemblea la distribuzione degli utili e la partecipazione alle perdite⁵⁴. Tali indicazioni, tuttavia, non trovarono accoglimento nel codice civile del 1942.

Successivamente, si tornò a suggerire la previsione legislativa del sistema dualistico nella prospettiva di una ristrutturazione dell'organizzazione interna della società che ne spostasse il baricentro in altro organo più ristretto, dove potesse risultare meglio tutelata una rappresentanza proporzionale delle minoranze. Quest'organo venne identificato nel consiglio di sorveglianza, in cui i soci avrebbero dovuto essere rappresentati proporzionalmente al numero delle azioni possedute e dove, proprio per questo, i diversi gruppi di soci avrebbero avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni con maggiore efficacia, e alle stesse minoranze sarebbe stato dato modo, quindi, di tutelare i propri interessi, forse con maggiore successo di quanto non garantisse, all'epoca, l'organo assembleare⁵⁵.

Pochi anni dopo, con posizione radicalmente contrapposta motivata da considerazioni di valutazione del sistema dualistico sensibili non tanto alle ragioni di tutela delle minoranze quanto alle esigenze di efficiente esercizio delle funzioni, si metteva in guardia però dal recepire nella nostra legislazione il sistema nella sua variante tedesca, caratterizzata dall'ambivalenza funzionale del consiglio di sorveglianza, d'incerta configurazione come organo di sorveglianza (controllo) ovvero di gestione dell'impresa. Ciò in quanto, poiché il consiglio di sorveglianza e direzione risultavano espressione dello stesso gruppo di potere e in mancanza di una netta ripartizione di funzioni, si giudicava illusorio sperare in una corretta attuazione del modello legale: i rapporti tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza avrebbero teso inevita-

⁵² La previsione di questi due organi, almeno nella loro configurazione autonoma e distinta sotto il profilo della responsabilità, era già presente nel Progetto di riforma sulle società anonime del 1904; e nel Progetto Vivante del 1922, dove veniva specificato che il consiglio di amministrazione sorveglia il comitato esecutivo (in entrambi i casi – si badi – veniva mantenuto il collegio sindacale): *A. Padoa-Schioppa*, *La normativa*, 22 e 31. Il Progetto Asquini del 1940, pur sostanzialmente ispirato alla legge azionaria tedesca del 1937 per quanto concerneva le competenze dell'assemblea, se ne allontanava sotto il profilo della configurazione e fisionomia del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, divergenti rispetto a configurazione e fisionomia del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza quali disciplinati nell'*Aktiengesetz* del 1937: cfr. *A. Padoa-Schioppa*, *La normativa*, 63.

⁵³ Tra cui era prevista (art. 13) l'identificazione delle operazioni deliberate dal comitato da sottoporre al voto del consiglio.

⁵⁴ *Vivante*, *Contributo*, 320; *Cariello*, *Il sistema*, II ed., 8, nt. 16; *A. Padoa-Schioppa*, *La normativa*, 57.

⁵⁵ *G. Minervini*, *Società*, 1285 s.; *Cariello*, *Il sistema*, II ed., 8, nt. 16.

bilmente a configurarsi in termini di cooperazione e reciproca copertura e il valore del sistema dualistico sarebbe stato destinato a dissolversi⁵⁶.

La tesi critica nei confronti di un recepimento e trapianto in Italia del sistema dualistico di stampo germanico⁵⁷ veniva di nuovo riproposta, in epoca più recente, con argomentazioni di segno anche contrapposto al passato⁵⁸. Si negava, in particolare, che il pericolo del sistema dualistico di derivazione tedesca fosse il rischio di paralisi gestionale derivante dalla conflittualità consiglio di gestione-consiglio di sorveglianza. Si ribadiva, piuttosto e al contrario, che i rischi maggiori sarebbero derivati da un "eccesso di armonia" tra i due organi. S'insisteva sulla convinzione che le motivazioni dell'adozione e della conservazione in Germania del sistema in questione sarebbero state di natura essenzialmente politica (esautoramento dell'assemblea, nel caso della legge azionaria del 1937; realizzazione della cogestione, dal 1950 in avanti); e che l'esperienza francese, con lo scarso seguito avuto nella prassi delle società anonime dal sistema una volta introdotto nel 1966, avrebbe ben dimostrato come il sistema dualistico avesse ragione d'essere (solo) nella realtà politica, economica e giuridica tedesca.

Anche in seguito l'attenzione degli interpreti italiani per il sistema dualistico si confermò marginale. Negli anni successivi, infatti, nessun reale confronto e dibattito si svilupparono in argomento. Nonostante ciò, l'art. 4, comma 8, lett. *d*), dello Schema di disegno di legge delega sulla riforma del diritto societario approvato dal Consiglio dei Ministri del 26 maggio 2000 (c.d. progetto Mirone), e tradotto nel d.d.l. governativo del 20 giugno 2000, n. 7123⁵⁹, introdusse la possibilità degli statuti di s.p.a., che facessero o meno ricorso al mercato del capitale di rischio, di scegliere tra il collegio sindacale e il consiglio di sorveglianza: quest'ultimo, nominato dall'assemblea⁶⁰ e con rappresentanza delle minoranze, sia avrebbe svolto le funzioni proprie del collegio sindacale, sia sarebbe stato titolare di competenze ulteriori previste dallo statuto e concernenti l'indirizzo strategico dell'impresa⁶¹.

Il cumulo delle funzioni era considerato necessario, dovendosi ritenere che il con-

⁵⁶ *Abbadessa*, Organizzazione, 1238 ss. (e anche in seguito: *Id.*, Assemblea, 1473; v. pure, diverso tempo appresso, *Audizione di ABI*, Riv. soc. 2002, 1607); *Cariello*, Il sistema, II ed., 8, nt. 16.

⁵⁷ *Abbadessa*, Gli organi, 295 ss., distingue due "modelli di amministrazione e controllo dualistici": fondato l'uno, sul binomio controllo/amministrazione attiva (quello tedesco), l'altro, sulla coppia alta amministrazione/direzione.

⁵⁸ *Abbadessa*, Gli organi, 295 ss. Posizioni critiche sull'introduzione in Italia del sistema dualistico sono state assunte anche dopo la riforma del 2003: tra altri, *Buonocore*, Le nuove, 393; per la dottrina non commercialistica, *Delle Monache*, Questioni, 13. Con impostazione rovesciata, approvando la scelta di conservare il sistema tradizionale, *Caselli*, I sistemi, 150.

⁵⁹ La possibilità per le s.p.a. di adottare il sistema dualistico era contenuta anche nella c.d. proposta Veltroni (presentata alla Camera il 10 febbraio 2000); in sintesi, su entrambi i disegni di legge, *R. Lener*, Appunti, 197 ss.; *Montalenti*, L'amministrazione, 432 s.; *Schiama*, Art. 2409/VIII, 668 s.

⁶⁰ L'assenza di esplicite indicazioni in ordine al procedimento di revoca dei componenti del consiglio di sorveglianza lasciava ipotizzare la possibilità di uno scostamento rispetto alla disciplina del collegio sindacale (efficacia della revoca in presenza di giusta causa verificata dall'autorità giudiziaria): *R. Lener*, Appunti, 199.

⁶¹ Il silenzio sulla competenza del consiglio di sorveglianza alla nomina del consiglio di gestione era giudicato come ragione di confusione (interpretativa): *R. Lener*, Appunti, 199.

siglio di sorveglianza non potesse come tale essere titolare unicamente di una funzione di controllo sulla gestione, altrimenti non distinguendosi l'organo dal collegio sindacale⁶².

Il riferimento alle competenze concernenti l'indirizzo strategico della società si prestò da subito a differenti interpretazioni: essenzialmente, una prima, che considerava ammissibili solo clausole statutarie che attribuissero al consiglio di sorveglianza la competenza a dettare preventivamente le linee strategiche generali dell'impresa e/o ad approvare scelte gestorie preventivamente assunte dall'organo amministrativo; e una seconda, che si spingeva fino ad ammettere forme di vera e propria adozione congiunta di alcune decisioni strategiche da parte del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione⁶³.

Quest'ultima interpretazione fu però ritenuta incompatibile con un'interpretazione dell'art. 4, comma 8, lett. c), del progetto Mirone che avesse inteso l'esclusiva responsabilità dell'organo amministrativo per la gestione nell'impresa sociale in tale norma prevista nel senso che solo gli amministratori avrebbero dovuto rispondere per danni prodotti nella e dalla gestione. Mentre si giudicava compatibile con il riconoscimento al consiglio di sorveglianza anche di una condivisione con il consiglio di gestione dell'adozione di decisioni gestorie strategiche un'interpretazione della disposizione sulla responsabilità dell'organo amministrativo che leggesse in essa l'affermazione di una permanenza della responsabilità del consiglio di gestione, senza con questo escludere una concomitante responsabilità del consiglio di sorveglianza per le deliberazioni assunte⁶⁴.

In realtà, come anche l'esperienza tedesca dimostra, la possibilità di riconoscere una concomitante responsabilità di consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza ben si poteva adattare alla configurazione della competenza del consiglio di sorveglianza in materia di gestione strategica dell'impresa anche solo limitata a quella forma di compartecipazione costituita dall'approvazione o autorizzazione di decisioni adottate dal consiglio di gestione e/o dalla definizione di criteri di determinazione delle linee strategiche generali dell'impresa, senza la necessità di ipotizzare questa concorrenza solo in presenza di un vero e proprio potere decisionale del consiglio di sorveglianza condiviso con il consiglio di gestione.

Inoltre, la disposizione che faceva salva la responsabilità dell'organo amministrativo poteva ingenerare l'ulteriore questione se essa, considerata con riferimento alle decisioni strategiche approvate dal consiglio di sorveglianza e poi attuate dal consiglio di gestione, andasse interpretata nel senso che comunque nel consiglio di gestione sarebbe stato identificabile l'esclusivo responsabile per l'esecuzione degli atti compiuti in quanto rientrante tale esecuzione nella sua altrettanto esclusiva competenza.

⁶² R. Lener, Appunti, 198 s.

⁶³ R. Lener, Appunti, 200.

⁶⁴ R. Lener, Appunti, 201 s.

2. La legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366

Con riguardo alla disciplina dell'amministrazione e dei controlli sull'amministrazione, la legge delega prescriveva che la riforma fosse diretta, tra l'altro, a permettere alle s.p.a. di scegliere un sistema che prevedesse «la presenza di un consiglio di gestione e di un consiglio di sorveglianza» (art. 4, comma 8, lett. *d*), n. 2, l. n. 366/2001)⁶⁵.

Il consiglio di sorveglianza avrebbe dovuto essere nominato dall'assemblea; e a esso sarebbero dovute spettare competenze «in materia di controllo sulla gestione sociale, di approvazione del bilancio, di nomina e revoca dei consiglieri di gestione, nonché di deliberazione ed esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti di questi» (art. 4, comma 8, lett. *d*), n. 2, l. n. 366/2001); nonché la legittimazione a promuovere la denuncia al tribunale di gravi irregolarità i cui fossero incorsi i componenti dell'organo amministrativo nell'adempimento dei loro doveri (art. 4, comma 2, lett. *a*), n. 4, l. n. 366/2001). La definizione dell'intelaiatura delle funzioni e competenze del consiglio di sorveglianza, come pure del consiglio di gestione e dell'assemblea, doveva essere ispirato, tra l'altro, al principio generale di «definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali» (art. 2, comma 1, lett. *b*), l. n. 366/2001).

Per le società che avessero optato per il sistema dualistico e che non si fossero avvalse della revisione contabile, la riforma avrebbe dovuto assicurare «forme di controllo dei conti, avvalendosi di soggetti individuati secondo criteri di nomina previsti dalla normativa vigente per il collegio sindacale» (art. 4, comma 8, lett. *f*), l. n. 366/2001).

Secondo le indicazioni della legge delega, l'adozione del sistema dualistico avrebbe dovuto richiedere un'esplicita scelta statutaria, in assenza della quale si sarebbe applicata alla società la disciplina del sistema tradizionale («vigente»: art. 4, comma 8, lett. *e*), l. n. 366/2001).

Nel disciplinare il sistema dualistico delle s.p.a., pertanto, il legislatore delegato era vincolato quanto meno a: (*i*) subordinare l'adozione del sistema dualistico a esplicita clausola statutaria; (*ii*) prevedere, accanto all'assemblea, il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza; (*iii*) configurare il consiglio di gestione come organo amministrativo, nominato e revocato dal consiglio di sorveglianza, al quale attribuire anche la competenza a deliberare ed esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dei gestori (non precisandosi se in via esclusiva ovvero in concorrenza con l'assemblea); (*iv*) configurare il consiglio di sorveglianza come organo di controllo sulla gestione sociale; (*v*) riservare al medesimo consiglio di sorveglianza anche la competenza ad approvare il bilancio (senza specificare se d'esercizio ovvero anche consolidato)

⁶⁵ In sintesi, sulle ragioni della previsione di tre sistemi di amministrazione e controllo: *Balp*, Art. 2409-*octies*, 3 s. Si può ritenere che l'offerta del sistema dualistico (sistema di amministrazione e controllo presente, nella sua struttura tipologica portante, in diversi Paesi continentali, sebbene secondo versioni tra loro non coincidenti), come di quello monistico (anch'esso noto, con varianti, ad altre esperienze straniere), accanto al rinnovato sistema tradizionale, s'iscriveva pure nell'obiettivo «prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese, anche attraverso il loro accesso ai mercati...internazionali del capitale» (art. 2, comma 1, lett. *a*), l. n. 366/2001).

e la legittimazione alla denuncia giudiziale di gravi irregolarità dei componenti del consiglio di gestione; (*vi*) prevedere un revisore esterno cui affidare il controllo dei conti.

3. Lo schema di decreto legislativo di riforma del 30 settembre 2002

a) La tecnica di regolamentazione del sistema dualistico. – In attuazione della delega, il Consiglio dei Ministri del 30 settembre 2002 approvò uno schema di decreto legislativo di riforma del diritto societario⁶⁶.

Dal punto di vista della tecnica di regolamentazione adottata, la disciplina del sistema dualistico risultava suddivisa tra disposizioni a esso appositamente ed esclusivamente dedicate (art. 2364-*bis*, relativo alle competenze – o meglio: ad alcune competenze – dell’assemblea ordinaria di s.p.a. a sistema dualistico; artt. 2409-*octies*/2409-*quingiesdecies*, concernenti il consiglio di gestione, il consiglio di sorveglianza e il controllo contabile); disposizioni valesse solo o anche per il sistema dualistico e il sistema monistico (art. 2380, commi 2 e 3, in tema di necessità di espressa scelta statutaria per l’adozione di questi sistemi da parte di una s.p.a. e di applicazione al consiglio di amministrazione e al consiglio di gestione delle disposizioni riferite agli amministratori); disposizioni che richiamavano ovvero rinviavano a specifiche disposizioni espressamente dettate per consiglio di amministrazione e collegio sindacale, amministratori e sindaci, dichiarandole applicabili, a seconda dei casi, anche al consiglio di gestione ovvero ai suoi componenti e al consiglio di sorveglianza oppure ai suoi componenti (artt. 2409-*decies*, commi 1 e 5⁶⁷, 2409-*undecies*⁶⁸, 2409-*duodecies*, comma 10⁶⁹, 2409-*terdecies*, lett. c)⁷⁰, 2409-*quaterdecies*⁷¹, 2409-*quingies-*

⁶⁶ In Riv. soc. 2002, 1346 ss.

⁶⁷ Richiami, in tema di azione sociale di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione, agli artt. 2393, 2393-*bis*, 2394 e 2394-*bis* c.c.

⁶⁸ Rinvii, per applicarli al consiglio di gestione, agli artt. 2380-*bis*, comma 5, 2381-2385, 2387-2395, 2409. L’art. 2409-*undecies*, comma 1, stabiliva espressamente doversi intendere le parole “consiglio di amministrazione” e “collegio sindacale”, contenute negli artt. 2380-*bis*, comma 5, 2381-2385, 2387-2390, 2392-2395, 2409, sostituite, rispettivamente, da “consiglio di gestione” e “consiglio di sorveglianza”.

⁶⁹ Rinvio all’art. 2399, dichiarando doversi intendere la parola “sindaci” sostituita da quelle “componenti del consiglio di sorveglianza”.

⁷⁰ Richiamo all’art. 2403, comma 1.

⁷¹ Rinvii, per applicarli al consiglio di sorveglianza, agli artt. 2388, 2400, commi 2 e 3, 2401, 2402, 2403-*bis*, 2404, 2405, comma 1, 2406-2409, 2409-*septies*. Anche l’art. 2409-*quaterdecies*, comma 1, stabiliva espressamente doversi intendere le parole “collegio sindacale” e “sindaco” contenute negli artt. 2388, 2400, commi 2 e 3, 2401, 2402, 2403-*bis*, 2404, 2405, comma 1, 2406-2409, 2409-*septies* sostituite, rispettivamente, da “consiglio di sorveglianza” e “componenti del consiglio di sorveglianza”, e le parole “consiglio di amministrazione” e “amministratori” sostituite, rispettivamente, con “consiglio di gestione” e “componente del consiglio di gestione”. A sua volta, l’art. 2409-*quaterdecies*, comma 2, dichiarando applicabile lo stesso art. 2388, ma ad altri fini rispetto all’applicabilità della stessa disposizione sancita dal comma 1 del medesimo art. 2409-*quaterdecies*, stabiliva doversi intendere le parole “consiglio di amministrazione” e “amministratore” sostituite,

*decies*⁷²); disposizioni contenenti espressi riferimenti a uno o più organi del sistema dualistico ovvero a loro componenti (ad esempio: artt. 2351, comma 5, 2365, comma 2, 2367, commi 1 e 2, 2373, comma 2, 2377, commi 1 e 6, 2441, comma 6, 2447-ter, comma 2, 2449, commi 1 e 2, 2450); disposizioni riferite agli organi amministrativi o di controllo (tra altri: artt. 2366, commi 4, 2379, comma 3, 2488); e due ulteriori disposizioni, una che consentiva l'applicazione delle norme del codice civile riferite agli amministratori e ai sindaci anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza se non diversamente disposto e in quanto compatibile (art. 223-septies, comma 1, disp. att. e trans. c.c.)⁷³; l'altra, la quale dichiarava ogni riferimento al collegio sindacale ovvero ai sindaci contenuto nelle leggi speciali come da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e ai suoi componenti, ove compatibile con la specificità dell'organo (art. 223-septies, comma 2, disp. att. e trans. c.c.).

Queste ultime disposizioni, come tutte le altre che espressamente dichiarano applicabili altre disposizioni, avevano lo scopo di determinare un'applicazione diretta, e non analogica, delle disposizioni oggetto di rinvio o della disposizione comunque applicabile in ragione della presenza di disposizione interpretativa. Questo perché la previsione in base alla quale il legislatore dichiara una disposizione applicabile a fattispecie diversa da quella originariamente regolata impone comunque, come si vedrà, a prescindere dall'espressa enunciazione del vaglio di compatibilità, che a questa applicazione si giunga solo se essa sia compatibile; e il criterio della compatibilità rimanda all'applicazione diretta, non analogica⁷⁴.

rispettivamente, da "consiglio di sorveglianza" e "componente del consiglio di sorveglianza" e le parole "collegio sindacale" da "consiglio di sorveglianza".

⁷² Rinvii, ai fini di un'applicazione al controllo contabile, agli artt. 2409-bis/2409-septies, disponendo pure in questo caso che le parole "consiglio di amministrazione" e "amministratori" fossero sostituite con "consiglio di gestione" e "componente del consiglio di gestione" e le parole "assemblea" e "collegio sindacale" da "consiglio di sorveglianza"; nonché prescrivendo l'eliminazione nell'art. 2409-quater, commi 1 e 3, del riferimento al collegio sindacale.

⁷³ Per *Corapi*, Art. 2380, 11 le disposizioni oggetto di rinvio ai sensi dell'art. 223-septies, comma 1, disp. att. trans.c.c. sono «quelle che si riferiscono non agli amministratori e ai sindaci nella qualità di organi ..., ma ... quelle in cui gli amministratori e i sindaci sono destinatari di norme in quanto singoli componenti di tali organi ...». Il rilievo è corretto solo in parte. E difatti, per un verso, esso non tiene conto della disposizione interpretativa dell'art. 2380, comma 3, c.c., applicabile anche al sistema dualistico, secondo cui le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori devono essere intese, se non è disposto diversamente, come riguardanti (il consiglio di amministrazione) e il consiglio di gestione; per altro verso, esso non pare attribuire l'importanza che merita alla constatazione secondo cui, se è vero che non esiste (per i consiglieri di sorveglianza e) per i sindaci una disposizione interpretativa del tenore dell'art. 2380, comma 3, c.c. e che esistono disposizioni che menzionano i sindaci e altre che si riferiscono espressamente al collegio sindacale, non è meno vero che in disposizioni del codice civile in cui compare il riferimento ai sindaci esso debba davvero essere inteso quale allusivo ai singoli componenti dell'organo: e cfr. non solo e non tanto la rubrica dell'art. 2429 c.c. in raffronto al testo, ma anche e piuttosto l'art. 2367, comma 2, c.c. (almeno nell'interpretazione più persuasiva: cfr., per tutti, *P. Marchetti*, Art. 2367, 76 ss.; *Magliulo*, Art. 2367, 584 ss.; *G. Mucciarelli*, Qualche, 494).

⁷⁴ *R. Scognamiglio*, Dei contratti, 53 s.; *Cariello*, La disciplina, 57, nt. 50; Cass. 29 aprile 1976 n. 1531, Foro it. 1976, I, 2147. Confondono, da questo punto di vista, applicazione analogica (postulando che a quest'ultima si riferisca l'inciso normativo "in quanto compatibili") e applicazione diretta *Schiama*, Art. 2409/XI, 866 ss.; *Garilli*, L'azione, 360 s.