

CAPITOLO I

IL SISTEMA DUALISTICO IN UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA

SOMMARIO: A. Riforma del diritto societario, autonomia statutaria, sistemi di amministrazione e controllo. – 1. Le ragioni della riforma. – 2. Un caso di “legal transplant” opzionale. – 3. L’impatto reale della riforma. – B. Il modello dualistico nel suo ambiente d’origine. – 1. Le società azionarie tedesche dalla conquista napoleonica al codice di commercio del 1861. – 2. Il superamento del sistema concessorio e la nascita involontaria dell’*Aufsichtsrat*. – 3. La legge azionaria del 1937 e la fisionomia attuale. – 4. La cogestione. – 5. I caratteri attuali del modello dualistico tedesco: quadro di sintesi. – C. I tratti essenziali del sistema dualistico italiano. – 1. Premessa. – 2. I rinvii al sistema tradizionale.

A. Riforma del diritto societario, autonomia statutaria, sistemi di amministrazione e controllo

1. Le ragioni della riforma

Il modello organizzativo delle società per azioni italiane è, tradizionalmente, imperniato su due organi, che si aggiungono all’assemblea dei soci: gli amministratori, da un lato, e il collegio sindacale, dall’altro. Si tratta di un modello semplice e lineare, in cui i soci nominano i soggetti cui è affidata l’amministrazione dell’impresa e, al contempo, anche i soggetti deputati a vigilare sulla correttezza dei comportamenti dei primi. Il sistema tradizionale italiano, quindi, riconduce entrambe le funzioni (amministrazione e controllo) a scelte dirette dei soci e, quindi, del gruppo di comando.

Forse, è possibile spiegare questo modello sulla base della natura familiare del capitalismo italiano e alla diffusione di imprese piccole con pochi soci, ma questa potrebbe non essere una spiegazione univoca, perché il modello tradizionale si è adattato anche alle esigenze di imprese prive di un socio di controllo o di riferimento e perché, del resto, anche i modelli sviluppatasi in altri paesi si adattano tanto a società a controllo familiare quanto a società quotate ad azionariato diffuso.

La riforma del diritto societario del 2003¹ intervenne in questo assetto tradizionale operando su più piani. In primo luogo, separò con nettezza la s.r.l. dalla s.p.a.,

¹D.lgs. n. 6/2003, G.U. 21 gennaio 2003, che attuava la l. 3 ottobre 2001, n. 366, Delega al Governo per la riforma del diritto societario (di seguito la “Legge Delega”).

destinando – almeno nelle intenzioni – la prima alla piccola impresa con pochi soci e la seconda alla grande impresa potenzialmente proiettata verso il mercato dei capitali. Per la s.p.a., inoltre, la riforma rese opzionale il modello tradizionale di amministrazione e controllo, dando alle società la possibilità di scegliere tra due modelli alternativi: il modello dualistico e quello monistico. Entrambi i modelli sono mutuati da esperienze giuridiche straniere: il modello dualistico deriva dall'ordinamento tedesco, mentre il modello monistico è di chiara ispirazione britannica. Il riferimento al modello tedesco (e a quello francese che storicamente discende dal primo) è presente anche nella relazione al decreto legislativo, la quale chiarì come il nuovo sistema dualistico fosse “*largamente ispirato agli ordinamenti tedesco e francese e, soprattutto, allo Statuto della Società Europea*”².

Riguardo al modello dualistico, oggetto della presente trattazione, la legge delega prevede che le società per azioni avrebbero potuto scegliere, oltre al modello tradizionale basato su un consiglio di amministrazione e un collegio sindacale, anche un sistema con un “*consiglio di gestione e [...] un consiglio di sorveglianza eletto dall'assemblea*”; a quest'ultimo organo 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*”³. Quindi, fu lo stesso Parlamento, attraverso la legge delega, a consentire alle società italiane di scegliere fra tre modelli alternativi, in uno dei quali gli amministratori non sarebbero stati nominati dai soci, ma da un organo intermedio eletto dall'assemblea (il consiglio di sorveglianza), che avrebbe dovuto svolgere anche le funzioni proprie del collegio sindacale, oltre ad approvare il bilancio ed esercitare l'azione di responsabilità.

Il consiglio di sorveglianza, quindi, rappresenta la grande novità del sistema dualistico, perché tale organo assume su di sé funzioni tipicamente assembleari, oltre a funzioni di controllo tipiche del collegio sindacale. La legge delega, però, non entrava nei dettagli sui poteri del consiglio di sorveglianza e, in particolare, non si addentrava ulteriormente nella questione del rapporto tra questo e le funzioni gestionali, questione che, come scopriremo strada facendo, è centrale per il funzionamento del sistema dualistico⁴ e differenzia, in parte, la soluzione italiana da quella tede-

² Relazione Ministeriale al d.lgs. n. 6/2003, §6.I., in *Riv. Soc.*, 2003, 126.

³ Art. 4, 8° comma, lett. d), legge delega.

⁴ Questo aspetto venne affrontato dalle proposte formulate dalla *Associazione Disiano Preite*, la quale suggerì di attribuire il controllo a un organo chiamato Consiglio di Supervisione, che non avrebbe avuto il potere di nominare gli amministratori (a differenza del sistema dualistico attuale e del modello tedesco), ma avrebbe avuto alcuni poteri di “alta amministrazione”: il potere di revocare gli amministratori (ma solo per giusta causa) e il potere di autorizzare preventivamente alcune operazioni maggiormente “rischiose”, quali investimenti e disinvestimenti, prestiti, garanzie, contratti di fornitura e prestazione di servizi se di dimensioni rilevanti rispetto, oltre a operazioni intra-gruppo o in potenziale conflitto d'interessi; si veda: *Rapporto sulla società aperta: 100 tesi per la riforma del governo societario*, Bologna, 1997, 86-88. È interessante notare come questa proposta escludesse l'idea di lasciare alle imprese la libertà di scegliere il modello di amministrazione e controllo. Riguardo ai poteri del Consiglio di Supervisione nelle proposte della *Associazione Disiano Preite*, si vedano le osservazioni di COSTI, *Il consiglio di supervisione nel “Rapporto sulla società aperta”*, in *Studi in onore di Luca Buttaro*, vol. 1, Milano, 2002, 163 ss. (per il quale l'organo di controllo non dovrebbe avere alcun potere di alta amministrazio-

sca. Qualche chiarimento venne fornito dalla relazione al decreto delegato, in cui il consiglio di sorveglianza è definito “*organo misto di gestione e di controllo*” perché in grado di determinare “*indirettamente le linee del programma economico della società (oggetto sociale) e le modifiche di struttura della società [...]*”. Di conseguenza, continua la relazione, il sistema dualistico sarebbe quello “*che più realizza la dissociazione tra proprietà (dei soci) e potere (degli organi sociali)*” e, quindi, che meglio si adatta ad imprese di grandi dimensioni con un elevato numero di soci⁵.

L'analisi dei lavori parlamentari è illuminante. Le relazioni ai due originari progetti di legge presentati durante la XIV legislatura sulla riforma del diritto societario, e poi confluiti in un unico testo, muovevano dalla convinzione che le imprese avrebbero selezionato il sistema di amministrazione e controllo maggiormente idoneo alle loro esigenze. Il testo del Disegno di legge che, durante la XIV legislatura, venne presentato per primo in materia di riforma del diritto societario⁶ era esplicito in proposito, perché vi si legge che “*quest'ampia libertà di scelta dei modelli organizzativi si giustifica e si impone in quanto è e resta indimostrata la superiorità di una struttura di governo della spa rispetto alle altre*” e che questo sarebbe una delle ragioni del “*sostanziale arresto dell'armonizzazione europea del diritto societario*”, cosicché ammettere vari modelli organizzativi “*nel rispetto di alcuni principi generali inderogabili e con un allargamento delle possibilità di scelta da parte degli imprenditori, appare oggi la soluzione maggiormente praticabile per superare l'impasse*”⁷.

La ragione ultima di questa scelta, quindi, risiedette in questo intento di fondo, che accomunava gran parte delle forze politiche allora rappresentate in Parlamento, di aumentare le opzioni a disposizione dei soci, all'insegna di una tendenziale neutralità del legislatore e di un conseguente aumento dello spazio lasciato all'autonomia contrattuale. L'idea di fondo era semplice: non esistendo un modello di gover-

ne, ma sarebbe preferibile consentirne la nomina interamente alle minoranze azionarie, creando così una sorta di “governo ombra”).

⁵ Relazione Ministeriale al d.lgs. n. 6/2003, §6.I., in *Riv. Soc.*, 2003, 126.

⁶ Proposta di legge, d'iniziativa dei Deputati On. Fassino, Agostini, Folena, Visco, 21 giugno 2001, AC 969. Il progetto in questione, presentato da Deputati allora all'opposizione, venne poi riunito in un testo unificato assieme al disegno di legge governativo presentato poco dopo: disegno di legge del Ministro della Giustizia On. Castelli, 3 luglio 2001, AC 1137. Questi progetti di legge, peraltro, rispecchiavano scelte compiute sin dalla legislatura precedente; si veda, in particolare la proposta di legge d'iniziativa dei Deputati On. Veltroni, Mussi, Agostini *et al.*, 10 febbraio 2000, AC 6751. Si veda anche lo schema di disegno di legge elaborato dalla commissione presieduta da Antonio Mirone e consegnata il 15 febbraio 2000 ai Ministri di Grazia e Giustizia e del Tesoro, la quale consentiva alle s.p.a. di optare per un modello monistico o per uno dualistico, senza però chiarire i poteri del consiglio di sorveglianza nel secondo di essi. Non era molto diversa la logica del progetto di legge presentato dai Deputati On. Fassino, Visco *et al.*, 20 giugno 2000, AC 7123, il quale prevedeva solo l'opzione per il modello dualistico, lasciando all'autonomia statutaria il compito di definire i poteri del consiglio di sorveglianza. Sul ruolo dell'autonomia statutaria e le norme inerenti alla *governance* interna si veda MARCHETTI, *L'autonomia statutaria*, 572.

⁷ AC 969 p. 9. Si veda anche quanto affermò il relatore di maggioranza per la VI Commissione permanente (Giustizia), On. La Malfa, alla riunione della Commissioni congiunte VI (giustizia) e II (finanze) del 10 luglio 2001: “Da questo punto di vista, l'ispirazione di fondo dei due progetti di legge [ossia il progetto dei partiti di opposizione AC 969 e quello governativo AC 1137, ndr] all'ordine del giorno, vale a dire la riduzione del carico normativo complessivamente gravante sul sistema produttivo, che assicurari un ampliamento dell'autonomia negoziale, risulta evidentemente condivisibile”.

nance preferibile ad altri, il ruolo del legislatore dovrebbe limitarsi a offrire ai soci opzioni alternative, lasciandoli padroni di decidere la soluzione organizzativa preferibile per l'impresa. Nessun rilievo, quindi, aveva il radicamento di certe soluzioni organizzative nella tradizione e nelle esigenze sociali e politiche di un certo paese, tanto riguardo all'origine del modello tradizionale italiano, quanto riguardo alle ragioni storiche dei modelli monistico e dualistico all'interno delle rispettive realtà in cui sono nati (ossia, Inghilterra e Germania)⁸. Il ceto politico italiano, in estrema sintesi, non si assunse l'onere di compiere scelte di orientamento generale sulle strutture amministrative e di controllo delle imprese, sulla base della considerazione astratta che non fosse possibile valutare in termini generali la superiorità di un modello organizzativo sugli altri e che, quindi, il legislatore nazionale non potesse far altro che astenersi dal decidere o, al massimo, fornire ai privati alcune opzioni alternative. La struttura di governo delle società per azioni, in altri termini, venne interamente pensata come "affare privato" dei soci e, soprattutto, dei soci di maggioranza⁹.

In questa temperie culturale, il legislatore italiano sfruttò anche l'occasione per armonizzare il diritto delle s.p.a. con il Regolamento sulla Società Europea¹⁰, che sarebbe entrato in vigore pochi mesi dopo la riforma del diritto societario. In base a esso, i soci di Società Europee (di seguito anche "SE") possono scegliere tra un modello in cui al consiglio di amministrazione è affiancato un organo di vigilanza (modello dualistico) e un modello in cui vi è solo l'organo amministrativo (modello monistico)¹¹.

Occorre ricordare, peraltro, che l'ampliamento dell'autonomia statutaria introdotto dalla riforma del 2003 per tutte le società era solo in parte richiesto dal Regolamento SE. Nella definizione di "modello dualistico" del Regolamento SE, infatti, può essere ricompreso anche il modello tradizionale italiano, in cui il consiglio di amministrazione è affiancato da un collegio sindacale, poiché gli Stati Membri possono prevedere, o consentire agli statuti di SE di prevedere, che sia l'assemblea a nominare il consiglio di amministrazione, come avviene nel modello tradizionale italiano¹². L'unico vincolo, potrebbe rinvenirsi in altro articolo del medesimo Regolamento SE, per il quale lo statuto di una SE "*precisa le categorie di operazioni soggette ad autorizzazione concessa all'organo di direzione*"¹³. L'uso dell'indicativo ("precisa") fa sorgere il dubbio che la norma contenga una mera facoltà di indicare operazioni da sottoporre all'autorizzazione del consiglio di sorveglianza, non un dovere. Se si ritiene che la norma non preveda un obbligo statutario di indicare materie da sottoporre ad autorizzazione dell'organo di controllo¹⁴, il legislatore italiano avrebbe po-

⁸ Per riflessioni analoghe cfr.: G. ROSSI-STABILINI, *Virtù del mercato*, 29 ss.; RONDINONE, *Sui principi della riforma*, 178; FORTUNATO, *I controlli*, 874; SACCHI, *Autonomia statutaria*, 72 s.

⁹ G. ROSSI-STABILINI, *Virtù del mercato*, 23.

¹⁰ Regolamento relativo allo statuto della Società Europea (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, 8 ottobre 2001, GUCE L 294/1 10 novembre 2001 (di seguito "Regolamento SE").

¹¹ Art. 38 Regolamento SE.

¹² RESCIO, *La Società Europea*, 969; SCHIUMA, *Il sistema dualistico*, 688 s. In senso diverso però MIOLA, *Lo statuto di Società Europea*, 364.

¹³ Art. 48(1) Regolamento SE.

¹⁴ RESCIO, *La Società Europea*, 982.

tuto non modificare l'attuale sistema delle competenze del collegio sindacale. Peraltro, il confronto con altre versioni del Regolamento SE in altre lingue europee¹⁵, così come lo stesso uso più comune dell'indicativo nella lingua italiana, fanno propendere per l'opposta conclusione che gli statuti di Società Europee debbano necessariamente prevedere una lista di materie da sottoporre all'autorizzazione del consiglio di sorveglianza¹⁶. Di conseguenza, il legislatore italiano era effettivamente obbligato a modificare il regime dei rapporti tra organo amministrativo e organo di controllo per le SE con sede legale in Italia, considerando che per principio generale al collegio sindacale del sistema tradizionale non è attribuibile alcuna competenza gestionale.

Comunque, il legislatore italiano aveva a disposizione un ampio ventaglio di scelte, compresa quella di non modificare in nulla la disciplina delle s.p.a., limitandosi a introdurre la possibilità per le sole SE con sede sociale in Italia di scegliere tra il sistema tradizionale, un sistema monistico o un sistema dualistico in cui al consiglio di sorveglianza vengono attribuiti poteri di autorizzazione. Questa riflessione conferma, se ve n'era bisogno, che la decisione di ampliare l'autonomia statutaria per le s.p.a. fu una scelta strategica del legislatore, frutto di una filosofia di fondo che accomunava, come abbiamo visto, praticamente tutti i movimenti politici allora rappresentati in Parlamento. Era lo spirito del tempo che soffiava imperioso nelle vele dei progetti di riforma del diritto societario.

2. Un caso di "legal transplant" opzionale

L'Italia, peraltro, non è il solo Stato Membro della UE ad aver ampliato nel corso degli anni i margini di autonomia statutaria, consentendo alle proprie società di scegliere tra modelli di amministrazione e controllo diversi tra loro e, soprattutto, alternativi a quello originario di quello specifico ordinamento giuridico. Nel 1967¹⁷, la Francia consentì alle proprie *sociétés anonymes* di optare per un modello dualistico, in cui all'organo di sorveglianza venne attribuita anche la competenza sulla nomina degli amministratori, in alternativa al modello monistico tradizionale. Si tratta, peraltro, di un modello solo parzialmente sovrapponibile a quello tedesco: i due sistemi divergono riguardo alla competenza sulla revoca dei membri del consiglio di sorveglianza, attribuita in Francia all'assemblea salvo diversa previsione statutaria¹⁸.

¹⁵ Ad esempio: versione tedesca "...werden die Arten von Geschäften angeführt..."; francese: "...ènumèrent..."; inglese: "...shall list..." (la versione inglese è la più esplicita, poiché non usa né il presente indicativo, né il futuro indicativo, ma il verbo modale "shall" che indica una prescrizione o una esortazione rivolta al futuro).

¹⁶ SIEMS, Art. 48 SE-VO, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, vol. 8, t. 2, Art. 43-70 SE-VO §§1-33 SEBG, Carl Heymanns, 2010, para 2, 930; HABERSACK-VERSE, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 536 (che menzionano anche le opinioni contrarie).

¹⁷ L. 24 luglio 1966, n. 66-537, JORF 26 luglio 1966 (rettifica JORF 19 ottobre 1966), in vigore dal primo febbraio 1967.

¹⁸ L. 225-61 *Code de commerce*. Viceversa, il potere di autorizzare atti gestionali è disegnato in maniera simile al modello tedesco: l. 225-68 *Code de commerce*.

Ma la scelta di ampliare il ventaglio di opzioni a disposizione delle proprie società si diffuse tra gli Stati membri della UE, e non solo in Italia, solo in seguito all'entrata in vigore del Regolamento SE, a dimostrazione di come queste scelte fossero figlie dello *Zeitgeist* e di convinzioni sul ruolo dello Stato e del diritto che avevano ormai dilagato in Europa¹⁹. Dal nostro punto di vista, il raffronto col Portogallo è molto istruttivo, poiché il modello originario di quel paese è molto simile a quello tradizionale italiano, prevedendo un organo di controllo (*conselho fiscal*) con compiti di controllo censorio e un consiglio di amministrazione (*conselho de administração*) con competenze gestionali e nominato dall'assemblea; una riforma del 2006²⁰ seguì l'esempio italiano lasciando alle società per azioni la possibilità di scegliere tra il modello tradizionale, un modello monistico privo di un organo di controllo e un sistema dualistico simile a quello tedesco, con un organo amministrativo (chiamato *conselho executivo*) normalmente nominato da un organo analogo al nostro consiglio di sorveglianza (chiamato *conselho general e de supervisão*); quello portoghese, peraltro, è un modello dualistico molto *sui generis*, perché lo statuto potrebbe attribuire all'assemblea il potere di nominare i membri dell'organo amministrativo²¹ e perché il *conselho general e de supervisão* non gode della competenza ad approvare il bilancio²².

Queste scelte di molti legislatori europei potrebbero essere considerate come qualcosa di simile a “trapianti legislativi” da un sistema giuridico a un altro, ossia situazioni in cui un istituto o un complesso di regole e soluzioni sviluppatasi in un dato ordinamento vengono trasfuse, magari con adattamenti, in altro ordinamento. La peculiarità di tutti i paesi che lasciano alle società la facoltà di scegliere tra più modelli di *governance*, risiede nel fatto che il modello straniero non viene imposto a tutte le società domestiche, ma viene introdotto come alternativa opzionale a disposizione dell'autonomia statutaria. Inoltre, come abbiamo visto riguardo gli esempi francese e portoghese – e come emergerà dal confronto tra la disciplina italiana e quella tedesca – il modello d'origine potrebbe essere importato con adattamenti tali da mutarne profondamente la fisionomia.

Trapianti o importazioni da un ordinamento a un altro sono sempre esistiti nella storia del diritto in tutti i campi. Il problema vero è se, e a quali condizioni, questi trapianti siano efficaci e producano gli effetti voluti, ossia di replicare la situazione, ossia l'assetto di interessi, propria dell'ordinamento d'origine. Questa domanda è molto complessa, perché se è senza dubbio facile importare una soluzione normativa da altri paesi (cosa che accade continuamente), più difficile è importare l'equilibrio tra corpi sociali che la norma produce o contribuisce a produrre nell'ordinamento d'origine. Un approccio proficuo è quello di chiedersi se regole e istituti giuridici siano o meno dipendenti dall'ambiente giuridico e sociale circostante, o se

¹⁹ Per dati aggiornati sulle scelte di tutti gli Stati membri della UE si veda GELTER-SIEMS, *Letting companies choose, passim*.

²⁰ D.l. n. 76-A/2006, 29 marzo 2006, in vigore dal 30 giugno 2006.

²¹ Art. 425, 1° comma, lett. b), *Código das sociedades comerciais* (nel qual caso però l'organo di controllo può proporre all'assemblea la rimozione di singoli amministratori).

²² Art. 376 *Código das sociedades comerciais*.

possano essere, al contrario, separati da esso e possano operare alla stessa maniera in qualsiasi contesto. In quest'ottica, norme e istituti possono essere classificati su una linea continua che abbia, a un estremo, norme completamente scollegabili dal contesto giuridico e sociale e, all'altro estremo, norme organiche a una determinata società e contesto²³. Sulla base di questa distinzione analitica, occorrerà chiedersi se le norme di diritto societario che disciplinano l'organizzazione interna della società siano organiche al contesto giuridico e sociale in cui vengono pensate, o siano assimilabili a regole tecniche facilmente trasponibili.

Il dibattito sulla fattibilità dei trapianti legislativi è stato lungo e molto complesso. Alcuni autori sono ottimisti riguardo alla fattibilità e all'efficienza di importazioni da un ordinamento all'altro; una delle ragioni sarebbe che ampi segmenti degli ordinamenti giuridici si svilupperebbero in maniera isolata dalla società, sulla base di impulsi ed elaborazioni di carattere tecnocratico²⁴. Viceversa, chi pensa – all'estremo opposto – che anche il corpo dei giuristi (oltre che dei politici) sia inesorabilmente immerso in una cultura di riferimento, conclude che importazioni giuridiche siano sempre o quasi sempre impossibili²⁵. Tra questi due poli estremi, come prevedibile, si collocano molte posizioni intermedie. Molti autori, in particolare, hanno sottolineato che sia opportuno distinguere a seconda dei diversi contesti e delle diverse norme importate da un sistema ad un altro, suggerendo di evitare importazioni pure e semplici, non adattate al contesto di arrivo²⁶. Se l'obiettivo dell'ordinamento che importa soluzioni altrui è di replicarne gli effetti sul piano sociale, allora occorrere molta cautela ed attenzione: il legislatore deve rispettare il contesto domestico e adattare l'istituto d'origine alle proprie caratteristiche e al proprio contesto²⁷, i quali potrebbero anche “rigettare” l'istituto importato²⁸, o adattarsi ad esso in maniera imprevedibile; comunque, le traiettorie evolutive dell'istituto importato seguiranno percorsi autonomi da quelle del paese d'origine.

3. *L'impatto reale della riforma*

Queste riflessioni consentono di chiedersi in maniera consapevole che impatto abbia avuto l'ampliamento dell'autonomia statutaria, vale a dire quante società italiane abbiano effettivamente optato per modelli alternativi a quello tradizionale e, in particolare, per il modello dualistico.

²³ KAHN-FREUND, *On uses and misuses of comparative law*; PISTOR, *Standardization of Law*, 107-108.

²⁴ WATSON, *Legal Transplants*; EWALD, *Comparative Jurisprudence*, 489-510.

²⁵ LEGRAND, *European Legal Systems are not Converging*; ID., *The impossibility of legal transplant*.

²⁶ PISTOR-KEINAN-KLEINHEISTERKAMP-WEST, *Evolution of Corporate Law*; FOSTER, *Comparative Commercial Law*, 273 s.

²⁷ NELKEN, *Towards a Sociology of Legal Adaptation*, 26 s.; PISTOR, *Standardization of Law*, 111 ss.; GRAZIADEI, *Comparative Law*, 469 s.; Id., *Legal Transplants*, 735. Si vedano le riflessioni già formulate in MUCCIARELLI, *La realtà del sistema dualistico in Italia*, *passim*.

²⁸ TEUBNER, *Legal Irritants*, 17 ss.

Dati sicuri esistono solo per le società quotate, riguardo alle quali il Rapporto 2022 sulla *corporate governance* della Consob indica che, a fine 2021, su 216 società quotate solo una adotta il sistema dualistico (la Società Sportiva Lazio S.p.A.) e quattro il sistema monistico. Inoltre, osservando la serie storica pubblicata nel Rapporto, che inizia nel 2009, è interessante notare come i due modelli alternativi non abbiano mai avuto un grande successo, ma che, comunque, sino al 2015 almeno quattro società quotate seguivano il modello dualistico, con una capitalizzazione di borsa pari a circa l'11% del totale della capitalizzazione di tutte le società, mentre a partire dal 2016 la capitalizzazione di borsa è crollata a un livello sempre inferiore al 1%²⁹. Pertanto, allo stato attuale, il modello dualistico è pressoché irrilevante nel panorama delle società italiane quotate alla borsa di Milano³⁰.

Spostando la nostra attenzione sulle società non quotate, scopriamo che nemmeno queste hanno mostrato un particolare interesse per il sistema dualistico. I dati sono frammentari, ma comunque restituiscono un quadro chiaro. Lo studio più comprensivo e aggiornato è condotto dalla Camera di Commercio di Milano su dati estratti dal registro delle imprese; questo studio rivela come a fine 2021 solo 79 società³¹ adottassero il sistema dualistico; è interessante notare come questo valore, a partire dal 2004, abbia subito una costante diminuzione³². Riguardo al 2023, una breve ricerca empirica condotta sulla banca dati AIDA di *Bureau van Dyck* conferma questi dati³³. Questo database non specifica il numero di società che adottano i diversi sistemi di amministrazione e controllo, così occorre escogitare una strategia di ricerca appropriata per inferire questo valore. A tal fine ho inserito nella chiave di ricerca *original job title* degli amministratori il lemma “consiglio di gestione”: questa ricerca fornisce un risultato di 82 s.p.a. su 35.036, pari allo 0,23%³⁴.

²⁹ La ragione principale è che nel 2016 Intesa-S. Paolo scelse di passare dal modello dualistico a quello monistico.

³⁰ Nel corso del tempo, avevano adottato il modello dualistico: Mediobanca (tra il 2007 e il 2008); Banca Popolare di Milano coop a.r.l. (dal 2011 al 2017, anno della fusione con il Banco Popolare, da cui è risultata la nuova BPM s.p.a., che adotta il modello tradizionale); Intesa S. Paolo (dal 2007 al 2016); UBI (dal 2007 al 2018). UBI banca, in particolare, adottò il sistema monistico nella seconda metà del 2018 e, a seguito del successo dell'opa lanciata da Intesa S. Paolo, venne prima tolta dalla quotazione e poi incorporata nella controllante nel 2021.

³¹ Questo dato comprende tanto le società di capitali, quanto le cooperative.

³² L'Osservatorio sulla riforma del diritto societario della Camera di Commercio di Milano riporta questi dati: il 29 luglio 2005, 257 società avevano adottato il sistema dualistico; il 31 dicembre 2006 questo numero si era ridotto a 119; il 31 dicembre 2016 era pari a 98; il 31 dicembre 2019 era pari a solo 82 società (traggo questi dati da: MONTALENTI, *La riforma del diritto societario*, 518; Bertolotti, *Sistema dualistico*, 18).

³³ Ricerca condotta da ultimo il giorno 23 ottobre 2023.

³⁴ La ricerca riporta un numero complessivo di 300 società o enti i cui “board” sono chiamati “consiglio di gestione”, ma in questo numero sono compresi anche consorzi (12), s.r.l. (18), fondazioni (3) e cooperative (32). Poiché la somma dei valori di tutte le società da un risultato molto inferiore a 300, la cifra complessiva evidentemente contiene dei falsi positivi. Inoltre, tra le società il cui board viene chiamato “consiglio di gestione” è compresa anche UBI Banca s.p.a., la quale adottò il sistema monistico nel 2018 e poi venne incorporata da Intesa S. Paolo s.p.a. Da questo fatto si potrebbe evincere che la strategia di ricerca non espunge gli strascichi delle precedenti scelte sul modello di amministrazione e

Si tratta di dati inequivocabili, che indicano come il sistema dualistico sia stato, in larga misura, rigettato dal sistema economico italiano, prima ancora che dall'ordinamento giuridico. Eppure, qualche società, per lo più bancaria, nel corso del tempo ha ritenuto utile adottare questo sistema di amministrazione e controllo. Studiarlo e approfondirne le problematiche, quindi, non è inutile, perché consente di individuare le specifiche esigenze di alcune imprese cui il sistema tradizionale e quello monistico non sono in grado di far fronte. Inoltre, occorre chiedersi se e in che misura il legislatore abbia riprodotto la disciplina tedesca d'origine e, di conseguenza, se lo scarso utilizzo del sistema dualistico in Italia dipenda dalle sue caratteristiche intrinseche o tipologiche, dagli adattamenti introdotti dal legislatore italiano rispetto al sistema tedesco, oppure da fattori esterni al modello in senso stretto, che riguardano le caratteristiche economiche e sociali italiane o abitudini tralattizie³⁵. Per compiere questa analisi, prima di analizzare il modello dualistico italiano attuale, è opportuno volgere la nostra attenzione al modello tedesco e alla sua evoluzione storica, analisi che risulterà estremamente proficua per comprenderlo meglio e sfatare alcuni miti.

B. Il modello dualistico nel suo ambiente d'origine

1. Le società azionarie tedesche dalla conquista napoleonica al codice di commercio del 1861

Il sistema dualistico di stampo tedesco si basa sulla presenza di un organo, chiamato *Aufsichtsrat* (tradotto alla lettera nella legislazione italiana come Consiglio di sorveglianza), che è nominato dall'assemblea dei soci e cui compete la nomina del *Vorstand* (ossia il consiglio di amministrazione per il lessico del codice civile italiano). A prima vista, quindi, le caratteristiche principali del modello sono la maggiore lontananza dei soci dagli amministratori (che non vengono nominati direttamente dai primi) e il fatto che l'*Aufsichtsrat* abbia competenze di alta amministrazione, quale appunto la nomina e revoca degli amministratori e l'approvazione del bilancio (oltre che poteri di ingerenza nella gestione, di cui si parlerà più avanti nella trattazione). Il modello tedesco, peraltro, è noto anche per un'altra ragione: esso rappresenta il punto d'appoggio della compartecipazione dei lavoratori alla gestione della società (*Mitbestimmung*) grazie al diritto a nominare un certo numero, che varia da un terzo alla metà a seconda della dimensione dell'impresa, dei membri dell'*Aufsichtsrat*. Peraltro, occorre sottolineare che la ragione del modello dualistico non risiede nella possibilità di far partecipare i lavoratori all'amministrazione: non solo esistono Paesi

controllo e le società ormai cancellate dal registro delle imprese: il dato, quindi, è probabilmente sovrastimato (cosa che confermerebbe le cifre leggermente inferiori rilevate dall'Osservatorio della Camera di Commercio di Milano).

³⁵ Cfr. MONTALENTI, *Il sistema dualistico*, 269 s.

che prevedono forme di cogestione in cui i lavoratori nominano direttamente alcuni membri del consiglio di amministrazione³⁶, ma lo stesso modello dualistico è antecedente all'introduzione delle leggi sulla cogestione dei lavoratori in Germania³⁷.

Lungi dall'essere una caratteristica innata delle società anonime tedesche, il sistema dualistico è frutto di un'evoluzione relativamente recente e travagliata, e si consolidò solo con la legge azionaria del 1937 (ossia molto prima dell'introduzione della cogestione). Per comprendere il senso del modello dualistico, quindi, occorre fare un salto indietro nel tempo e ripercorrere la storia del diritto societario tedesco dagli albori. Il diritto societario moderno è frutto recente dello sviluppo del capitalismo nel corso del XIX secolo. In precedenza, in tutti i paesi occidentali, così come negli Stati tedeschi del XVIII secolo, le uniche forme societarie diffuse tra i mercanti erano tipi personalistici derivanti dal diritto comune. Per quanto riguarda gli Stati tedeschi, le società anonime vennero introdotte per la prima volta nel 1807, attraverso l'estensione del *Code de commerce* francese ai territori renani occupati dall'esercito napoleonico e sotto la giurisdizione francese³⁸. Si trattava, comunque, di una disciplina scarna, soprattutto riguardo all'organizzazione interna. Vi erano tratteggiati, però, alcuni aspetti che risulteranno cruciali per lo sviluppo delle società anonime, non solo in Francia e in Germania. In particolare, il *Code de commerce* prevedeva che le *Société anonyme*, a differenza delle società in accomandita per azioni, nascessero grazie a una concessione statale, che i soci godessero di responsabilità limitata e che la gestione dell'impresa fosse affidata ad amministratori (*mandataires*) nominati dai soci. Non si faceva, quindi, menzione alcuna di organi di controllo.

Nonostante la sconfitta della Francia napoleonica, molti Stati tedeschi adottarono codici che replicavano in larga misura le disposizioni del *Code de commerce* francese, che continuò così a rappresentare il modello di riferimento per la disciplina delle società in accomandita e delle società anonime. Sul piano politico, il problema essenziale, su cui si incentrerà gran parte del dibattito nei decenni successivi, riguardava il presupposto amministrativo della nascita di una società azionaria (*Aktiengesellschaft*). Da un lato, gli Stati anseatici, in nome della libertà d'impresa, adottarono rapidamente un sistema "normativo", in base al quale i fondatori godevano del diritto a ottenere l'iscrizione della società se soddisfacevano specifici requisiti indicati dalla legge³⁹. Nel Regno di Prussia, al contrario, venne mantenuto per anni un sistema "concessorio", in applicazione del diritto comune che queste forme associative non conosceva: la personalità giuridica veniva concessa discrezionalmente

³⁶ Alcuni Stati membri dell'Unione Europea adottano, in maniera obbligatoria o opzionale, il sistema monistico e, al contempo, prevedono forme di cogestione, cosicché i rappresentanti dei lavoratori siedono nel consiglio di amministrazione: così accade in Svezia, che segue il modello monistico (così come in Norvegia, che però della UE non fa parte) e in Croazia, Finlandia, Francia e Slovenia, che danno alle società facoltà di scelta tra monistico e dualistico; si veda un quadro completo e aggiornato su <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Board-level-Representation2> [visitato l'ultima volta il 23 ottobre 2023].

³⁷ PORTALE, *Il modello dualistico, passim*; BORDIGA, *La funzione*, 48.

³⁸ MUCHLINSKI, *The Development of German Corporate Law*, 343; SCHMOECKEL-MAETSCHKE, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, 168.

³⁹ Si veda in particolare l'ordinanza dello Stato di Amburgo del 28.12.1835.

dall'autorità pubblica, in presenza di un interesse per la collettività⁴⁰ e dopo un procedimento molto lungo e difficoltoso⁴¹.

Concentrando la nostra attenzione sulle società anonime costituite nel Regno di Prussia, possiamo notare che la loro organizzazione interna era in larga misura lasciata all'autonomia statutaria. Queste società, per lo più, oltre all'assemblea avevano due organi, ossia un *Vorstand* e un *Verwaltungsrat*; il riparto di competenze era individuato dall'atto costitutivo, ma al *Verwaltungsrat* venivano spesso attribuite funzioni di alta gestione, non solo di controllo in senso stretto⁴².

Fu l'esigenza di raccogliere ingenti capitali per costruire ferrovie che attraversassero i vari Stati tedeschi ad accelerare la costituzione di nuove *Aktiengesellschaften* anche nel Regno di Prussia⁴³ e a condurre quest'ultimo, primo tra gli Stati tedeschi, ad approvare la legge azionaria nel 1843⁴⁴. Quest'ultima, come anticipato, si basava su una logica di tipo concessorio e, riguardo alla costituzione interna delle società, prevedeva che le nuove AG avessero almeno due organi (assemblea e amministratori); l'autonomia statutaria poteva prevedere altri organi, ma non si menzionava alcun organo di controllo e, soprattutto, vigeva il principio generale che fosse l'assemblea dei soci a nominare il *Vorstand*. Si trattava, quindi, di un modello molto vicino a quello che oggi chiameremmo sistema monistico, con la differenza della possibilità di introdurre organi ulteriori attraverso lo statuto. La logica concessoria continuava a essere molto stringente e, a parte le società ferroviarie e le precedenti società assicurative, negli anni successivi all'entrata in vigore della legge vennero autorizzate pochissime società azionarie⁴⁵.

2. Il superamento del sistema concessorio e la nascita involontaria dell'*Aufsichtsrat*

Il dibattito sul mantenimento del sistema concessorio nell'elaborazione del codice di commercio unificato per tutti gli Stati tedeschi (il futuro *Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch* del 1861 – di seguito ADHGB) è cruciale per comprendere la nascita dell'*Aufsichtsrat* (e anche le sue attuali caratteristiche). Il punto di partenza fu il progetto prussiano di codice di commercio del 1857. In questo progetto, accanto alle *Aktiengesellschaften* rette dal sistema concessorio, si prevedevano anche *stille*

⁴⁰ Infatti, quasi tutte le *Aktiengesellschaften* del primo periodo erano assicurazioni: REICH, *Die Entwicklung*, 246.

⁴¹ SCHMOECKEL-MAETSCHKE, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, 161-163.

⁴² REICH, *Die Entwicklung*, 247.

⁴³ In Prussia, i principi delle concessioni di autorizzazione a costituire AG per gestire la costruzione di ferrovie vennero consolidati nel *Gesetz über Eisenbahmunternehmen* 3 novembre 1838, in *Preußische Gesetzessammlung*, 1838, 505 ss.

⁴⁴ *Preussisches Gesetz über die Aktiengesellschaften*, 9 novembre 1843, in *Preußische Gesetzessammlung*, 1843, 341, ora in *Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe*, vol. 5, Aalen, 1981, 211 ss.

⁴⁵ Sui criteri per il riconoscimento della personalità giuridica v. REICH, *Die Entwicklung*, 253.

Gesellschaften auf Aktien, le quali, nonostante il nome⁴⁶, erano società in accomandita per azioni basate sul modello adottato in Francia l'anno precedente, la cui registrazione era basata su una logica "normativa"⁴⁷. La società in accomandita prevedeva, accanto all'assemblea dei soci e agli amministratori, anche un terzo organo, chiamato *Verwaltungsrat* (consiglio di amministrazione), che rappresentava i soci accomandanti di fronte agli accomandatari e garantiva loro alcuni limitati poteri di gestione interna alla società (ma non poteri di rappresentanza). Questo progetto di legge venne poi convogliato nella discussione sul futuro codice di commercio, le cui prime bozze prevedevano una società in accomandita, basata sul sistema normativo di registrazione, accanto a una *Aktiengesellschaft*, la cui nascita dipendeva da una concessione governativa. Nel corso della discussione, il nome di questo organo venne mutato in *Aufsichtsrat*, poiché il primo nome sarebbe stato incoerente con il divieto di gestire la società da parte dei soci accomandanti⁴⁸. Il nome dell'organo più caratteristico del modello dualistico tedesco nasce così, un po' per caso e, secondo alcuni, quasi per errore.

Il passaggio successivo riguardava le *Aktiengesellschaften*, le quali, nei progetti originari, avrebbero avuto solo due organi, ossia assemblea e *Vorstand*. Sempre nel corso del dibattito sul contenuto del futuro codice di commercio per gli Stati tedeschi, venne proposto di affiancare a questi due organi un comitato di soci (*Gesellschafterausschuss*), che venne poi ribattezzato *Aufsichtsrat* per rafforzare il parallelismo con le società in accomandita per azioni. Questa soluzione confluì nel testo finale del *allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*. L'*Aufsichtsrat* delle società anonime aveva gli stessi poteri dell'organo analogo presente nelle società in accomandita. Però, mentre nella società in accomandita l'*Aufsichtsrat* rappresentava i soci accomandanti nei confronti degli accomandatari, nelle società per azioni questa funzione non era replicabile perché l'*Aufsichtsrat* era espressione della stessa maggioranza che nominava gli amministratori⁴⁹.

Inoltre, è interessante notare due differenze cruciali rispetto al sistema dualistico attuale. In primo luogo, l'*Aufsichtsrat* era un organo facoltativo, che lo statuto poteva decidere di non introdurre; in secondo luogo, a tale organo la legge non attribuiva il compito di nominare il *Vorstand*, competenza che – almeno nel modello legale – spettava ai soci⁵⁰. Si trattava, quindi, di un organo con tratti ambigui, dovuti al fatto di essere stato trasposto dalle società in accomandita, nelle quali poteva svolgere un limitato ruolo di gestione interna nella dialettica tra accomandanti e accomandatari. I suoi tratti ambigui, infatti, riguardavano la possibilità che lo statuto gli attribuisse competenze gestionali, possibilità che veniva ampiamente usata dalla prassi

⁴⁶ Alla lettera: "società tacite per azioni".

⁴⁷ *Loi sur les Sociétés en commandite par actions* 17 luglio 1856, *Bulletin des Lois* 1856, n. 414, 279 ss.

⁴⁸ WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation*, 278 (il quale ritiene che questa valutazione fosse un errore, perché nel modello tedesco di società in accomandita in realtà i soci accomandanti godevano di limitati poteri di gestione interna, appunto attraverso il *Verwaltungsrat* che li rappresentava nei confronti degli accomandatari); PAHLOW, *Aktienrecht und Aktiengesellschaft*, 271.

⁴⁹ WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation*, 278.

⁵⁰ Art. 231(1) ADHGB.

statutaria che, talvolta, giungeva ad attribuire all'*Aufsichtsrat* il potere di nominare il *Vorstand*.⁵¹ Il modello tedesco delle origini, quindi, nonostante le oscillazioni della prassi statutaria riguardo ai poteri di gestione interni, assomigliava all'attuale modello italiano o portoghese (la differenza essendo proprio la possibilità di attribuire all'organo di controllo poteri di alta amministrazione).

L'evoluzione del sistema tedesco segue le vicende politiche dell'unificazione tedesca e la dialettica tra Stati anseatici e Regno di Prussia. La riforma del 1870 adotta in maniera esplicita il modello normativo per la nascita delle *Aktiengesellschaften*⁵², pur rendendo i requisiti di iscrizione più stringenti al fine di assecondare in parte le richieste prussiane⁵³. Una delle monete di scambio, che indussero la delegazione prussiana ad accettare questo compromesso, riguardò proprio l'*Aufsichtsrat*, che venne reso organo obbligatorio e di cui si chiarirono e ampliarono i poteri di controllo. Alla supervisione dello Stato veniva così sostituita una supervisione interna alla stessa società, che avrebbe dovuto garantire il pubblico verso malversazioni e abusi, attraverso la creazione di una "piccola assemblea" dei soci in grado di controllare l'operato degli amministratori in maniera più celere di quanto poteva fare l'assemblea vera e propria⁵⁴. Le ambiguità emerse in precedenza, però, non vennero affrontate: nella prassi statutaria, all'*Aufsichtsrat* venivano spesso attribuiti poteri di alta amministrazione ed esistevano persino società che attribuivano tutte le scelte gestionali a tale organo, lasciando al *Vorstand* solo compiti esecutivi e di rappresentanza⁵⁵.

I numerosi scandali emersi negli anni immediatamente successivi all'adozione del codice delusero queste aspettative⁵⁶. La riforma del codice di commercio approvata nel 1884 tentò di rimediare a questi problemi introducendo l'obbligo di sottoscrivere soglie minime di capitale, regole più stringenti sulla distribuzione dei dividendi e di risorse della società e l'obbligo di revisione del bilancio. Alcuni mutamenti li subì anche l'*Aufsichtsrat*, che perse il ruolo di "piccola assemblea" per avvicinarsi a quello di vero organo di controllo: la novella chiarì che l'*Aufsichtsrat* poteva essere composto anche da persone che soci non erano, che quest'organo dovesse essere nominato dall'assemblea e che le posizioni di membro del *Vorstand* e del

⁵¹ Molte società dell'epoca, infatti, attribuivano all'*Aufsichtsrat* poteri di gestione su indirizzi strategici e il potere di dare istruzioni specifiche agli amministratori: PAHLOW, *Aktienrecht und Aktiengesellschaft*, 272; PORTALE, *Il sistema dualistico*, 674. Sul potere di nomina del *Vorstand* si veda: LUTTER, *Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit*, 394. Nel corso del '900, il dibattito è stato acceso: per la tesi secondo la quale tale possibilità fosse uno dei tratti originali e tipici del modello tedesco: MESTMÄCKER, *Verwaltung*, 85 ss.; contra, derubricando quest'autonomia statutaria a frutto di una svista riguardante un modello societario non sviluppato né diffuso nella pratica: WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation*, 283.

⁵² *Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften*, in *BGBI des Norddeutschen Bundes*, 1970, 375.

⁵³ MUCHLINSKI, *The Development*, 350; PAHLOW, *Aktienrecht und Aktiengesellschaft*, 264 ss.

⁵⁴ LIEDER, *Die Erste Aktienrechtsnovelle 11. Juni 1870*, 358.

⁵⁵ LIEDER, *Die Erste Aktienrechtsnovelle 11. Juni 1870*, 362.

⁵⁶ GERNER-BEUERLE, *Law and finance*, 270 ss. e 289 ss.

Aufsichtsrat fossero tra loro incompatibili⁵⁷. Vennero ampliati il potere di chiedere informazioni al *Vorsand* e il potere di ispezione, che dal 1884 si estendeva a tutti i documenti e la contabilità sociali, non solo al bilancio. Non mutò, peraltro, la possibilità data all'atto costitutivo di attribuire all'*Aufsichtsrat* compiti di alta amministrazione o chiaramente gestionali, possibilità che, come abbiamo visto, veniva ampiamente utilizzata dalle *Aktiengesellschaften* dell'epoca.

3. La legge azionaria del 1937 e la fisionomia attuale

L'attuale fisionomia delle *Aktiengesellschaften*, soprattutto riguardo al ruolo dell'*Aufsichtsrat*, si forma dopo la prima guerra mondiale e la crisi del '29, consolidandosi nella nuova legge azionaria del 1937, legge che, nonostante fosse approvata sotto gli auspici del regime nazionalsocialista, in realtà rifletteva gran parte del dibattito dei decenni precedenti. Dopo alcuni progetti di riforma successivi alla crisi e non approvati, venne emanato un decreto-legge emergenziale⁵⁸ che introduceva alcune innovazioni alla disciplina delle *Aktiengesellschaften* allora contenuta nel codice di commercio del 1897, tra cui: limiti al numero di membri dell'*Aufsichtsrat* e di posti che la stessa persona poteva detenere; incremento dei poteri di ispezione e controllo individuali del singolo componente di un *Aufsichtsrat*; revisione obbligatoria dei bilanci⁵⁹. La legge azionaria del 1937 ci consegna sostanzialmente un quadro analogo, sia pur non identico, a quello attuale, fatta salva la cogestione dei lavoratori. Nella disciplina dell'*Aufsichtsrat*, come abbiamo visto, il problema più dibattuto sin dalle origini riguardava l'attribuzione a tale organo di poteri di alta amministrazione se non esplicitamente gestionali, questione su cui l'ordinamento tedesco aveva mantenuto sempre una certa ambiguità. Fu la legge azionaria del 1937 ad affrontare la questione e chiarire il riparto di competenze. In particolare, dopo un lungo dibattito sul rapporto tra i due organi, la riforma introdusse le due caratteristiche essenziali che il modello tedesco ancora oggi conserva. In primo luogo, la legge del 1937 afferma chiaramente che i membri del *Vorstand* vengono nominati dall'*Aufsichtsrat*⁶⁰; al contempo, l'organo di sorveglianza non avrebbe avuto mano libera sulla revoca degli amministratori, revoca che doveva essere supportata da ragioni importanti (*wichtige Gründe*), quali gravi violazioni di legge o incapacità gestionale⁶¹. In questa maniera, la legge codificò quella che era divenuta prassi in molti statuti, ma al contempo rappresentava una significativa innovazione, perché sino a quel momento gli statuti godevano di ampia libertà riguardo ai poteri dei due organi. Riguardo all'attribuzione di poteri gestionali, la legge azionaria del 1937 introdusse il principio per cui l'*Aufsichtsrat* non abbia, né possa avere, poteri gestionali, i quali spettavano e-

⁵⁷ LUTTER, *Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit*, 393; PORTALE, *Il modello dualistico*, 51.

⁵⁸ *Notverordnung* 19.9.1931, RGBL I, 1939, 493.

⁵⁹ LUTTER, *Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit*, 403.

⁶⁰ §75(I) *AktG* 1937.

⁶¹ §75(III) *AktG* 1937.

sclusivamente al *Vorstand*⁶². La legge, peraltro, affrontò l'ambiguità dell'*Aufsichtsrat*, con una norma che è giunta, sia pure in una forma leggermente modificata, sino ad oggi e che rappresenta una delle peculiarità del modello tedesco: si prevede, infatti, che lo statuto o lo stesso consiglio di sorveglianza potessero attribuire l'autorizzazione di talune categorie di atti gestionali al consiglio medesimo⁶³. Torneremo, ovviamente, su questa norma tra breve.

4. La cogestione

Prima di affrontare, sia pure in maniera necessariamente sommaria, lo stato attuale della disciplina sull'*Aufsichtsrat* nelle società per azioni tedesche, conviene riprendere un tema solo accennato in principio di questo capitolo, ossia la cogestione dei lavoratori. La prima forma di cogestione risale al 1920, nella legge sui consigli di fabbrica. Questi ultimi, potevano nominare due membri dei consigli di sorveglianza, con pieno diritto di partecipazione, parola e voto. Si trattava di un potere limitato, anche perché nella prassi i rappresentanti dei lavoratori non venivano nominati nei comitati con competenze specifiche.

La cogestione contemporanea nasce dopo la fine della seconda guerra mondiale nella Germania Ovest occupata dagli eserciti alleati e si sviluppa negli anni successivi, a partire dalle imprese siderurgiche. Nelle società che operano nel settore siderurgico⁶⁴, in particolare, si prevede una cogestione paritaria: l'*Aufsichtsrat* è composto da undici membri⁶⁵, dei quali cinque indicati rispettivamente da azionisti e lavoratori⁶⁶, mentre l'undicesimo membro viene indicato congiuntamente dalle due parti⁶⁷. Il meccanismo di nomina passa in ogni caso per l'assemblea, perché spetta all'assemblea nominare anche i membri di spettanza dei lavoratori, rispetto ai quali questi ultimi hanno il potere di formulare indicazioni vincolanti. La riforma più importante risale al 1976, quando venne approvata la legge generale sulla cogestione nelle imprese di grandi dimensioni⁶⁸, indipendentemente dal settore di attività⁶⁹.

⁶² §95(I) *AktG* 1937.

⁶³ §95(V) *AktG* 1937.

⁶⁴ *Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (MontanmitbestG)*, in BGBl. 1951 I, 347.

⁶⁵ Lo statuto potrebbe aumentare il numero di membri a quindici o ventuno, nel qual caso i lavoratori nominerebbero rispettivamente sette o dieci membri.

⁶⁶ §6 *MontanMitbestG*; §101(I) *AktG*.

⁶⁷ §8(I) *MontanMitbestG*; §101(I) *AktG*. Qualora i membri dell'*Aufsichtsrat* fossero quindici o ventuno, naturalmente, si tratterà di un quindicesimo o ventunesimo membro.

⁶⁸ La soglia dimensionale è pari a 2000 dipendenti, salve oscillazioni occasionali: §1 *MitbestG*. Sono compresi i lavoratori con contratti di prestito di manodopera o interinali (purché abbiano lavorato per almeno sei mesi): §14(II)(5) e §6 *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)* 3 febbraio 1995, BGBl. I 158 (e successive modifiche), come modificati nel 2017 (BGBl. 2017 I 258).

⁶⁹ *Mitbestimmungsgesetz (MitbestG)* 4 maggio 1976, BGBl. I, 1153 ss. (e successive modifiche).