

**Donata Gottardi**

**Ultima chiamata per il sistema dualistico:  
partecipazione negata dei lavoratori e rischi di sistema**

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Le origini riconosciute a livello nazionale ed europeo: l'articolo 46 della Costituzione e la normativa sulla SE e sulla SCE. **3.** Il sistema dualistico e la partecipazione alla gestione. **4.** Il sistema dualistico nella riforma societaria e la sua crisi. **5.** La composizione del consiglio di sorveglianza e gli ostacoli alla partecipazione. **6.** Alla ricerca della nozione di indipendenza. **7.** La disciplina speciale per le società quotate e le banche e l'indipendenza come assenza di conflitto di interessi. **8.** Le funzioni di indirizzo e di supervisione strategica, con particolare riferimento alle banche. **9.** Le funzioni di controllo. **10.** Sistema dualistico e partecipazione azionaria dei lavoratori. **11.** Le possibili vie d'uscita: i progetti di riforma e il ruolo della contrattazione collettiva. **12.** Considerazioni conclusive.

*1. Premessa*

Negli ultimi anni si assiste a una ripresa di attenzione da parte della dottrina giuslavoristica<sup>1</sup> al tema della partecipazione dei lavoratori nelle imprese o, meglio, del loro coinvolgimento, secondo il termine ampio di origine unionale. Le analisi sono volte a considerare le molteplici forme in cui può realizzarsi, e spesso introducono preliminari chiarimenti di ordine metodologico e definitorio, soprattutto al fine di operare la distinzione

<sup>1</sup> Da ultimo ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-219/2014; ALES, *quale futuro per il modello partecipativo in Italia?*, in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 37; BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzione e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Egea, 2013; ZOLI, *La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli*, in questa rivista, 2013, p. 557; CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza dei lavoratori*, Vita e pensiero, 2012; ARRIGO, CASALE (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori. Rassegna comparata di nozioni e normative*, Eidos/Ediesse, 2011.

interna tra forme ‘deboli’ e forme ‘forti’, quasi sempre analizzate partitamente<sup>2</sup>.

Il presente lavoro intende inserirsi in questo dibattito, condividendo la necessità di rilanciare una prospettiva regolativa inclusiva, che non separi il versante della partecipazione dalla rappresentanza, dalla contrattazione collettiva e dallo sciopero. È il progetto, da ultimo, elaborato e presentato dalla rivista *Diritti Lavori Mercati* (su cui torneremo *infra*).

Lo spettro di analisi è però volutamente limitato, poiché si intende concentrare l’attenzione su un profilo specifico, che presenta singolari anomalie e una prospettiva evolutiva contrastata. Si tratta di verificare se e come sia possibile inserire rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori negli organismi societari e, in particolare, nel consiglio di sorveglianza, introdotto nel nostro ordinamento giuridico a partire dal 2003 con la riforma che ha adeguato i modelli societari al panorama dell’Unione europea (d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6).

Non rientra nell’oggetto di queste note nemmeno l’indicazione di chi sono o possono essere i rappresentanti negli organismi e per questo si continuerà ad utilizzare il termine generico di ‘rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori’, inclusivo anche degli esperti o amministratori indipendenti di loro promanazione<sup>3</sup>.

L’ambito di osservazione è, pertanto, ristretto, ma questa focalizzazione mirata pare idonea a una verifica che consenta di proiettarsi oltre l’ambito delle relazioni industriali, per tener conto di dati normativi solitamente trascurati o solo tralattiziamente evocati e che invece, come avremo modo di verificare, producono ricadute di notevole rilievo, costituendo barriere anziché promozione di prospettive partecipative per la rappresentanza dei lavoratori.

<sup>2</sup> In realtà questo approccio caratterizza tutte le fasi di interesse al tema che si sono succedute nel tempo. Si consideri che nel lontano 1981, MONTALENTI, *Democrazia industriale e diritto dell’impresa*, FrancoAngeli, inizia la sua analisi su ‘partecipazione, cogestione, controllo, democrazia industriale’, ricordando ‘i presupposti storici del dibattito sulla partecipazione in Italia’ e precisando che “la letteratura esistente in materia di democrazia industriale è ormai sterminata” (p. 7).

<sup>3</sup> Si pensi alla suggestione di BAGLIONI, *Una proposta per la presenza del lavoro negli organi societari*, in *DLRI*, 2005, p. 483, ripresa nei lavori di GUARRIELLO, a partire da *Quale partecipazione dei lavoratori negli organi societari in Italia? La proposta Baglioni*, p. 495, e ora rilanciata da VELLA, *L’impresa e il lavoro: vecchi e nuovi paradigmi della partecipazione*, in *GCom*, 2013, I, p. 1120, e p. 1148.

Il tema scelto porta, in altri termini, a interrogarsi su come sia avvenuta e come si sia sviluppata – giuridicamente – l'introduzione del regime opzionale del c.d. 'sistema dualistico' degli organi societari. Quella che Guido Baglioni da più di un decennio inserisce nell'ambito della 'partecipazione strategica'<sup>4</sup> o che, come più recentemente proposto, può essere individuata come 'partecipazione incisiva'<sup>5</sup> od 'organica'<sup>6</sup>.

Come vedremo, il filo di queste note si dipana non tanto attorno alla nozione di partecipazione, quanto piuttosto alla composizione degli organismi e alla indipendenza dei componenti, nonché alle competenze gestionali, di indirizzo e di controllo. Un percorso relativamente inusuale per i giuslavoristi, ma che appare doveroso effettuare, mediante la scelta di introdurre l'analisi a partire dall'impianto e dalla verifica di alcuni contenuti della riforma societaria. Questo non significa sotto-ordinazione dei profili di diritto del lavoro al diritto commerciale<sup>7</sup>. Anzi. Significa semmai mettere in evidenza gli esiti negativi della scarsa attenzione a questi dedicata. Piuttosto sia guardata con tolleranza l'incursione che qui si realizzerà nei territori del diritto societario, incursione necessaria e fonte di interessanti verifiche, che portano a comprendere i limiti dell'attuale assetto ordinamentale e i possibili snodi su cui intervenire.

Prima di far questo occorre ricollegarsi alle origini e chiarire i termini della polarizzazione indotta dalla disciplina in materia di Società europea (SE) e di Società cooperativa europea (SCE).

## 2. *Le origini riconosciute a livello nazionale ed europeo: l'articolo 46 della Costituzione e la normativa sulla SE e sulla SCE*

Il nostro Paese si è presentato all'appuntamento con il portato di una storica dissociazione che ha le sue radici nel progetto costituzionale iscritto

<sup>4</sup> Cfr. BAGLIONI, *Lavoro e decisioni nell'impresa*, il Mulino, 2001.

<sup>5</sup> Cfr. CARRIERI, MILITELLO, *Il cammino incompiuto: i sindacati e la partecipazione incisiva*, in *Rassegna Astrid*, maggio 2014.

<sup>6</sup> Come nella proposta della rivista DLM.

<sup>7</sup> Troppo spesso la posizione della dottrina giuslavoristica è stata flebile. Cfr. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, relazione AIDLASS, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, p. 17: "la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese ..., se entra in confronto con il diritto commerciale, poiché riguarda la struttura dell'impresa, appartiene indubbiamente anche al diritto del lavoro" (p. 48).

nell'articolo 46<sup>8</sup>. Se è vero che tutte le diverse forme e graduazioni del coinvolgimento dei lavoratori è compatibile con la disposizione costituzionale, è altrettanto vero che il disposto letterale – per quanto ingombrante sia stato, al punto da paralizzarne l'attuazione – si rivolge a un obiettivo su cui tornare a impegnarsi. È questo l'invito di alcuni attenti interpreti: “riaprire quel capitolo al quale ci invitavano i padri della Costituzione italiana”<sup>9</sup>.

Le radici, storicamente determinate, della riforma societaria e dell'introduzione anche nel nostro Paese di regimi alternativi rispetto a quello tradizionale, oltre che nel principio costituzionale, si rinvencono nella regolamentazione proveniente dalle istituzioni europee sulla SE<sup>10</sup>. È la stessa Relazione illustrativa al d.lgs. 6 del 2003, come costantemente ricordato da tutta la dottrina giuscommercialista che si è occupata del tema, ad affermare che il modello dualistico è “largamente ispirato ... soprattutto allo Statuto della Società europea”<sup>11</sup>, così come disciplinato dal Regolamento, precisando che la scelta del legislatore è stata quella di astenersi da qualsiasi intervento sul profilo connesso della presenza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori negli organismi societari (il consiglio di sorveglianza).

Per parte gius-lavoristica, l'attenzione è stata invece dedicata alla prospettiva della partecipazione dei lavoratori aperta dalla coeva Direttiva che affianca e completa il Regolamento sulla SE. Ci si può qui limitare a fare riferimento alle analisi già ottimamente condotte in merito allo stato della disciplina<sup>12</sup>, utilizzandone gli esiti, che hanno concordemente dimostrato: la titubanza delle istituzioni europee, al momento della emanazione del regio-

<sup>8</sup> Ricostruisce il dibattito costituzionale e l'evoluzione storica successiva BIASI, *op. cit.*, p. 10 ss.

<sup>9</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, relazione AIDLASS, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, p. 89, in funzione non tanto di riequilibrio di relazioni conflittuali, quanto piuttosto del crescente individualismo dell'economia di mercato, con la supremazia della libertà di impresa e della tutela della concorrenza sui diritti sociali. Per questo è “necessario o addirittura indispensabile avere nelle imprese ... dei meccanismi partecipativi collettivi per dare equilibrio e coesione al sistema socio-economico” (p. 109).

<sup>10</sup> Regolamento CE n. 2157/2001 e suo completamento per quanto riguarda profilo del ‘coinvolgimento’ dei lavoratori con la direttiva n. 2001/86/CE. A questa coppia, ha fatto seguito la disciplina della SCE con il Regolamento n. 2003/1435 e la correlata direttiva 2003/72/CE.

<sup>11</sup> *Relazione* al d.lgs. 6/03, pubblicata in *RSoc*, 2003, p. 126.

<sup>12</sup> In particolare le analisi di GUARRIELLO, tra cui, per tutte, il *Commentario alla direttiva 2001/86/CE*, in CORAPI, PERNAZZA (a cura di), *La società europea, Fonti comunitarie e modelli nazionali*, Giappichelli, 2011, p. 287, anche in *Quaderni Assonime*, maggio 2010.

lamento e della direttiva, e la reticenza nazionale, al momento del loro recepimento, ma anche la possibilità di cogliere le potenzialità insite in una definizione di partecipazione che fa espresso e diretto riferimento alla presenza di rappresentanti dei lavoratori negli organi societari<sup>13</sup>.

Come è noto, è proprio la direttiva che, in sede definitiva (art. 2), indica la partecipazione come “l’influenza dell’organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei lavoratori nelle attività di una società mediante il diritto di eleggere o designare alcuni dei membri dell’organo di vigilanza o di amministrazione della società o il diritto di raccomandare la designazione di alcuni o di tutti i membri dell’organo di vigilanza della società e/o di opporvisi” (lett. k).

Non pare revocabile in dubbio che il decreto di recepimento della direttiva sulla SE (d.lgs. 19 agosto 2005 n. 188) abbia tradito le attese, limitandosi a riprodurre le alternative possibili individuate dalle fonti di livello europeo (quasi una traduzione del testo più che una trasposizione, come del resto spesso capita): “il decreto legislativo di trasposizione della direttiva non scioglie quindi alcun nodo riguardo alla partecipazione dei lavoratori, sicché il nostro ordinamento resta ‘agnostico’ rispetto a questo tema”<sup>14</sup>.

La pressoché totale assenza di SE (e di SCE) nel nostro Paese – mentre a livello europeo i dati confermano una presenza significativa, sia pure caratterizzata dal fenomeno delle SE ‘vuote’, prive non solo di soluzioni partecipative, ma addirittura di lavoratori<sup>15</sup> –, porta a ritenere preferibile un’analisi rivolta al solo versante della normativa nazionale in materia di assetti societari.

Resta sul punto da aggiungere solo un richiamo alle posizioni delle parti sociali in sede di emanazione dell’Avviso comune del 2 marzo 2005 per il recepimento della direttiva sulla SE per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori<sup>16</sup>. Il negoziato, come è noto, è stato lungo e faticoso,

<sup>13</sup> Per una interessante serrata critica alle definizioni della direttiva, cfr. CATTERO, *Tra diritto e identità. La partecipazione dei lavoratori nel modello sociale europeo*, in *SL*, 2011, 123, p. 117 e p. 126 ss.

<sup>14</sup> GUARRIELLO, *Dalla direttiva sui comitati aziendali europei alla società europea: una transizione difficile*, in FICARI (a cura di), *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Giuffrè, 2006, p. 127 e p. 142.

<sup>15</sup> Cfr. GUARRIELLO, *Commentario alla direttiva*, cit., p. 322 ss., cui vanno aggiunte le SE ‘conchiglia’ (*shelf*), non solo senza dipendenti ma nemmeno operative. Cfr. CATTERO, *Figlia di un dio minore. Società per azioni europea (SE) e partecipazione a dieci anni dalla direttiva*, in *SD*, 2011, p. 75 e p. 76.

<sup>16</sup> Le parti che hanno sottoscritto sono: dal lato dei datori di lavoro, Confindustria, Abi, Ania, Confcommercio, Confservizi, e dal lato dei lavoratori, Cgil, Cisl, Uil e anche UGL.

ma in quella occasione le confederazioni sindacali hanno indubbiamente “sciolto alcune storiche riserve in favore del modello dualistico di partecipazione”<sup>17</sup>. Non pare corretto, pertanto, continuare a utilizzare come paravento al mancato inserimento nel regime dualistico di meccanismi di partecipazione dei lavoratori la ritrosia delle o, meglio, di una delle confederazioni storiche dei lavoratori (la Cgil) su questo tema. Piuttosto questa va ascritta al fronte delle associazioni imprenditoriali e, in particolare, alla Confindustria. Lo dimostra il tenore letterale del documento, ma forse ancora di più la nota della Cgil<sup>18</sup>, in riferimento al documento congiunto di accompagnamento al testo, che valuta come risultato positivo dell’intesa, “la chiara opzione espressa dalle parti sociali in favore del ‘modello dualistico’ di società, ritenuto più idoneo ad esprimere le istanze di partecipazione dei lavoratori”, “in quanto prevede la netta distinzione dei compiti di gestione (consiglio di gestione) dai compiti di indirizzo (consiglio di sorveglianza), consentendo ai rappresentanti dei lavoratori, eletti o nominati nel consiglio di sorveglianza, di svolgere in quella sede un ruolo di influenza sulle strategie delle imprese, contribuendo positivamente a criteri più evoluti di trasparenza della *Governance*”<sup>19</sup>.

### 3. *Il sistema dualistico e la partecipazione alla gestione*

È passato poco più di un decennio dal decreto legislativo sulla riforma societaria, un periodo sufficiente per osservare lo sviluppo del sistema dualistico, ivi compresa una proiezione sul suo futuro, che si annuncia quanto mai compromesso<sup>20</sup>, proprio quando – e senza che vi sia rapporto causale – se ne stanno scoprendo le potenzialità sul lato della partecipazione del sindacato e/o dei lavoratori.

Si osservi che non si intende utilizzare la nozione di cogestione, pur non

<sup>17</sup> Ancora GUARRIELLO, *Dalla direttiva sui comitati aziendali europei*, cit., p. 143.

<sup>18</sup> *Il recepimento della direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori nella Società europea*, in [www.cgil.it](http://www.cgil.it).

<sup>19</sup> È la Cgil a lamentare che la c.d. riforma Vietti “**tace** del tutto sul/sui modello/i normativo/i idonei a dare corpo all’idea di partecipazione organica definita dalla normativa sulla Società europea, non fornendo alcuna indicazione al riguardo”.

<sup>20</sup> Nel Documento di consultazione su “Concorrenza fra sistemi di regole e vigilanza” e “Semplificazione regolamentare del mercato finanziario italiano” della CONSOB del 26 luglio 2011, risulta che, a fine 2010, nel nostro Paese erano solo 7 le società quotate che hanno adottato il sistema dualistico (e 3 quello monistico).

potendosi sottacere che sarebbe per tradizione congruente, soprattutto se si fa riferimento all'esperienza tedesca. È preferibile fare riferimento alla più ampia nozione di partecipazione alle decisioni o, meglio, di presenza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori nei luoghi in cui vengono assunte le decisioni, come è desumibile e auspicato dalla normativa proveniente dalle istituzioni europee. Questa è vero che si arresta alle porte delle scelte dei decisori nazionali, ma la spinta all'adozione del modello societario dualistico è innegabilmente collegata alla possibilità di inserire rappresentanti dei lavoratori negli organismi, costituendone questi l'ambiente giuridico propedeutico.

L'analisi che segue, come anticipato in premessa, è volta a verificare se sia possibile ipotizzare non solo un disinteresse, ma l'esistenza di vere e proprie barriere frapposte all'ingresso negli organismi societari di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori, superate le quali ci si trova comunque nelle maglie di una fitta rete di protezione, stesa per evitare una presenza quantitativamente più che simbolica ed in grado di esercitare una influenza sulla gestione non limitata al controllo formale e successivo<sup>21</sup> (su cui *infra*).

Per questo mi pare non si possa parlare nel nostro Paese di meccanismi giuridici di 'co-gestione', ma nemmeno di (una più blanda) 'partecipazione alla gestione'. È da condividere, pertanto, la posizione di chi segnala la "sfasatura lessicale e concettuale" fra questa "e la tradizionale elaborazione teorico-dottrinale"<sup>22</sup>, sfasatura presente nella stessa legislazione nazionale, e nella sua applicazione regolamentare sugli assetti societari, impermeabile alle proposte di riforma in chiave partecipativa.

La partecipazione alla gestione delle imprese resta tuttora "la grande assente dal diritto sindacale"<sup>23</sup>, assenza voluta, e determinata non – come troppo spesso pensiamo, guardandoci all'interno dei nostri confini di disciplina scientifica – dalle difficoltà della sua coesistenza con la cultura conflittuale che ha a lungo caratterizzato il nostro sistema di relazioni sindacali, quanto piuttosto dall'assetto normativo societario, che è stato approntato perseguendo la logica dei "circuiti separati"<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Si osservi che nel Codice di autodisciplina nelle società quotate, nella versione vigente adottata il dicembre 2011, si commenta, a proposito dei sindaci, che al collegio sindacale – e di conseguenza al consiglio di sorveglianza – spetta "un compito di vigilanza anche preventiva ... , che si traduce in una verifica sui processi" (commento all'art. 8. P.2).

<sup>22</sup> Come suggerito da ALAIMO, *op. cit.*, p. 7.

<sup>23</sup> Così ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 93.

<sup>24</sup> Così ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 138.

Il regime opzionale dualistico non sembra rappresentare – almeno attualmente – una opportunità<sup>25</sup>. O almeno, potrebbe esserlo, ma solo se affrontiamo la questione fino in fondo, collegando le analisi e le interpretazioni e condividendo gli obiettivi, in una prospettiva di indagini interdisciplinare. Lasciato a se stesso, come mero meccanismo alternativo e discrezionale di *Governance* societaria, è destinato a naufragare, rimanendo in vigore solo formalmente, privo di applicazioni significative nel panorama societario.

#### 4. *Il sistema dualistico nella riforma societaria e la sua crisi*

Nell'introduzione ai lavori destinati all'analisi della riforma delle società di capitali, realizzata con il d.lgs. 6 del 2003<sup>26</sup>, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 366 del 2001 (art. 4, co. 8), si individua tra i principi cardine quello della libertà di scelta da parte delle società in ordine a quale modello adottare: il tradizionale, il dualistico, il monistico. Larga parte della dottrina giuscommercialista sviluppa il richiamo alla regolamentazione proveniente dalle istituzioni europee in riferimento all'introduzione della SE proprio su questo piano: come modello di ispirazione, ma non tanto sul versante della partecipazione dei lavoratori, quanto piuttosto su quello della opzionalità dei regimi<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda il sistema dualistico, le disposizioni del codice civile si rinviengono nell'art. 2409 *octies* fino a *quinqüesdecies*. Particolare rilievo hanno però altre fonti, che dettano specifiche disposizioni per le società quotate, per le banche e per le cooperative. Le principali esperienze nazionali si rinviengono, infatti, nel settore bancario<sup>28</sup>, soprattutto in occasione di ristrutturazioni.

<sup>25</sup> Blandamente acritica la posizione di OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva*, cit., secondo la quale “la recente riforma del diritto societario ..., pur non avendo disposto nulla sui modelli di partecipazione dei lavoratori, con l'introduzione della facoltà di scegliere, con gli statuti,” il modello “dualistico, ha offerto una *chance*” (p. 69).

<sup>26</sup> Successivamente più volte modificato.

<sup>27</sup> Così, ad esempio, CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Giappichelli, 2012, nella Introduzione (p. XVIII). Per la ricostruzione storica dell'elaborazione a livello di istituzioni europee e dei contenuti della disciplina in materia di SE la bibliografia è vastissima. Si veda per tutti GUARRIELLO, *Dalle prime proposte in tema di partecipazione all'attuale direttiva*, in BORDOGNA, GUARRIELLO (a cura di), *Aver voce in capitolo, Società europea e partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, Edizioni Lavoro, 2003, p. 61.

<sup>28</sup> “Quello bancario è il settore dove più di altri ha attecchito il modello (se non altro per

turazioni e fusioni – per tutte, Banca Intesa e Banca Sanpaolo IMI – e di revisioni profonde della *Governance* – per tutte, Banca popolare di Milano –, a conferma “che il diritto bancario rimane un laboratorio di innovazione e sperimentazione per il resto dell’ordinamento societario”<sup>29</sup>. Il numero è però sempre più esiguo: nello stesso settore, tre quotate e una non quotata<sup>30</sup>.

Nei commenti della dottrina di diritto commerciale si cercano costantemente le ragioni del ‘mancato decollo’ e addirittura del ‘precoce abbandono’ dei regimi societari alternativi. Per quanto riguarda il sistema dualistico, queste sono individuate essenzialmente nella composizione pletorica, nella farraginosità del meccanismo decisionale, scarsamente efficiente, che ha determinato una opaca commistione e una moltiplicazione dei centri decisionali, con conseguente confusione di ruoli e responsabilità. A questo si aggiungano valutazioni più caustiche, come quella di chi ritiene il sistema dualistico italiano, “sotto più punti di vista, un congegno camaleontico”<sup>31</sup>.

Alcuni autori segnalano inoltre un difetto di conoscenza, accentuato dall’infelice formulazione normativa, che appare un ginepraio inestricabile, tra regole specifiche e rinvii al sistema tradizionale, che finiscono per assumere un ruolo di primazia; assenza di sufficiente coordinamento, con incremento esponenziale dei costi di transazione e di transizione; diffusa tendenza a ricondurre il consiglio di sorveglianza al collegio sindacale, evitando di mettere in evidenza le specificità e le potenzialità del regime dualistico<sup>32</sup>.

Altri criticano l’impianto normativo, osservando “che l’obiettivo di separare proprietà e potere allo scopo di garantire un esercizio professionale del secondo non può che dirsi mancato”. E questo soprattutto alla luce del confronto con il c.d. ‘modello tedesco’<sup>33</sup> e in particolare con la cogestione che vi fa da perno. “Nessuno potrà negare che, nel sistema dualistico italiano, fra soci e consiglio di sorveglianza non è in alcun modo garantita quella di-

le dimensioni delle banche interessate all’adozione di esso”. Così RIOLFO, *Il sistema dualistico*, Cedam, 2013, p. 899.

<sup>29</sup> Cfr. CERA, *Il sistema dualistico e l’ordinamento bancario*, in *RSoc*, 2008, p. 915, che arriva a parlare di co-gestione tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione (p. 918).

<sup>30</sup> Dal sito [www.nedcommunity](http://www.nedcommunity).

<sup>31</sup> Così si apre l’analisi dedicata al tema di SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Liber amicorum G. F. Campobasso*, diretto da ABBADESSA, PORTALE, vol. II, Utet, 2006, p. 685.

<sup>32</sup> Così CARIELLO, *op. cit.*, p. XIX ss.

<sup>33</sup> Sia consentito in questa sede effettuare questa approssimazione e fare riferimento a un generico ‘modello tedesco’, ben consapevoli delle diverse articolazioni interne.

stanza di braccio che caratterizza il modello tedesco in conseguenza del regime della *Mitbestimmung* e che dà effettività all'idea della separazione fra proprietà e potere<sup>34</sup>. È condivisa l'opinione che, come rinvenibile anche nella Relazione ministeriale alla riforma del diritto societario del 2003, il sistema dualistico si ispiri al modello tedesco, ma solo nello schema esteriore.

Le differenze più profonde<sup>35</sup> poggiano su due aspetti, ai nostri fini decisivi: la mancata previsione della presenza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza<sup>36</sup> e la possibilità di scegliere mediante statuto se affidare o meno la funzione di alta amministrazione e di indirizzo e, di conseguenza la funzione di supervisione strategica, al consiglio di sorveglianza.

##### 5. *La composizione del consiglio di sorveglianza e gli ostacoli alla partecipazione*

La dottrina giuscommercialista volta a interpretare e commentare il sistema societario dualistico si limita, nella maggior parte dei casi<sup>37</sup>, a registrare la scelta del legislatore nazionale di non seguire il modello tedesco di composizione del consiglio di sorveglianza, il cui tratto distintivo principale consiste nella presenza – più o meno significativa, ma mai maggioritaria – di rappresentanti dei lavoratori, in modo da realizzare la co-gestione. Significativo che questo risultato sia spesso riportato in via incidentale<sup>38</sup> e che la scelta non-includente in realtà sia il derivato di una singola disposizione (almeno apparentemente) escludente: quella secondo cui non possono essere eletti consiglieri

<sup>34</sup> Entrambe le citazioni di ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in ABBADESSA, CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e Governance bancaria*, Giappichelli, 2009, p. 2 e p. 3.

<sup>35</sup> Cfr. BIASI, *op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>36</sup> Cfr. DEL SOLE, *Commento all'art. 2409 octies*, in CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, 2010, p. 317 e p. 319.

<sup>37</sup> Con alcune significative eccezioni come, di recente, VELLA, *op. cit.*, p. 1120.

<sup>38</sup> Così CARIELLO, *op. cit.*, p. 6, nota 12: “la mancata previsione della cogestione nel diritto domestico costituisce una scelta consapevole e voluta del nostro legislatore”. In che modo esercitata? “Stanti le cause legali di ineleggibilità a consigliere di sorveglianza, i lavoratori sono ineleggibili nell'organo di vigilanza di s.p.a. italiane (quotate e non)”. In realtà nella parte di testo successiva dedicata ai ‘requisiti dei componenti’ l’A. modifica la sua posizione e sposta l’attenzione sui requisiti dell’indipendenza (p. 456 ss.).

di sorveglianza, e se eletti decadono, coloro che sono legati alla società o alle sue controllate “da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d’opera retribuita che ne compromettano l’indipendenza” (art. 2409-*duodecies*, co. 10, lett. c), cod. civ.). Il testo in origine, prima delle modifiche apportate con il d.lgs. 28 dicembre 2004 n. 310, era più generico e ricalcava la disciplina dei sindaci (art. 2399, co. 1, cod. civ.), facendo riferimento ad “altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l’indipendenza”. Si potrebbe osservare che la modifica apportata nel 2004 tenda a tipizzare i rapporti considerati ‘di lavoro’ con l’effetto, ad esempio, di includere la ‘consulenza continuativa’ e di escludere ‘l’associazione in partecipazione’, ma non è di questo che qui ci si intende occupare.

Solo una parte della dottrina giuscomercialista osserva che l’esistenza di un rapporto di lavoro continuativo non è condizione in sé di ineleggibilità, dipendendo questa dalla compromissione dell’indipendenza<sup>39</sup>. A queste posizioni è da aggiungere quella di chi si interroga sulla possibile riferibilità della verifica dell’indipendenza solo alle collaborazioni e alle consulenze o anche ai rapporti di lavoro subordinato<sup>40</sup>.

Ancora più minoritario risulta essere l’orientamento secondo il quale la formulazione della disposizione consente di introdurre una rappresentanza dei lavoratori, utilizzando come riscontro la normativa sulla partecipazione dei lavoratori nella gestione della SE<sup>41</sup>. Altri, commentando il regolamento comunitario sulla SE, hanno osservato che il rinvio per i requisiti soggettivi di eleggibilità alle legislazioni nazionali comporta, nel nostro Paese, un conflitto normativo: “palese è ... l’illogicità di una causa di ineleggibilità nata in un sistema che prevede la partecipazione dei lavoratori nel modello della SE che la consente” e suggerisce, inascoltato, di trovare soluzione in sede di attuazione della SE<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> POMELLI, *Sull’indipendenza dei consiglieri di sorveglianza nei gruppi di società*, in *GComm*, 2008, I, p. 970 e p. 981.

<sup>40</sup> Così CAPRARA, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, Cedam, 2008: “occorre vedere se la clausola generale contenuta nell’ultima parte della disposizione sia da riferire a tutti i rapporti ivi indicati o solo ai rapporti d’opera e di consulenza, con riflessi non solo sul piano dell’indipendenza, ma anche su quella della possibilità, in taluni casi, di nomina anche di dipendenti del consiglio di sorveglianza” (p. 267, nt. 272).

<sup>41</sup> Cfr. BREIDA, *Il modello dualistico*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza*, Zanichelli, 2008, p. 1157.

<sup>42</sup> Così PERNAZZA, *Le norme comuni ai sistemi monistico e dualistico*, in CORAPI, PERNAZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 216 e p. 220.

La dottrina dominante è, al contrario, orientata alla tesi genericamente limitativa: “rispetto ai modelli stranieri cui il legislatore italiano si è ispirato, non vi è alcuna previsione che consente l’accesso al consiglio di sorveglianza di rappresentanti dei lavoratori”. “La condizione di dipendente della società determina l’ineleggibilità per mancanza del requisito di indipendenza”<sup>43</sup>.

In alcuni casi l’esclusione è basata sul tenore letterale del disposto normativo<sup>44</sup>, in altri viene riferita alla prassi o comunque alla scelta a monte esercitata dal legislatore di esclusione del profilo della partecipazione dei lavoratori dall’impianto della riforma societaria, ritenendo irrilevante la questione<sup>45</sup>. Quasi sempre, però, il confronto tra le posizioni dei giuscommercialisti è confinato in nota al testo e vi sono dedicati pochi cenni veloci.

Viene trascurato del tutto, anche da parte di chi si basa sul dato testuale, che se l’ineleggibilità dipendesse dal legame derivante da un rapporto lavorativo, di collaborazione o di consulenza, non sarebbe stato necessario il richiamo all’indipendenza. In altri termini, se la *ratio* della disposizione consistesse nel ritenere che non si è indipendenti in tanto in quanto prestatori di attività lavorativa in favore della società, non avrebbe alcun significato la formula utilizzata. Se la condizione lavorativa costituisse esclusione assoluta, non andava espresso il riferimento all’indipendenza. Aver introdotto la verifica della mancata compromissione dell’indipendenza, porta a concludere che si tratti di condizione relativa di ineleggibilità.

I giuslavoristi, per parte loro, hanno dedicato scarsa attenzione alla questione<sup>46</sup>, con qualche rara eccezione. In un’analisi dedicata alla SE, Fausta Guarriello rileva, infatti, l’“evidente contrasto con la lettera e con lo spirito della normativa comunitaria”<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> JAEGER, DENOZZA, TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Giuffrè, 2010, p. 406. Si veda anche SCHIUMA, *op. cit.*: “di tutte le incompatibilità che già accomunavano il consiglio di sorveglianza al collegio sindacale” la modifica apportata nel 2004 all’art. 2409 *duodecies*, co. 10, lett. c) “ha mantenuto proprio quella relativa ai rapporti di lavoro”.

<sup>44</sup> Cfr. GUACCERO, *Sub art. 2409/VIII-XV*, in NICCOLINI, STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), *Commentario Società di capitali*, Jovene, 2004, p. 887.

<sup>45</sup> Per RIOLFO, *op. cit.*, “in presenza di particolari ipotesi (per le quali non vi sia una compromissione dell’indipendenza) di rapporti di lavoro, il dipendente potrebbe anche sedere in consiglio di sorveglianza. Il che, per altro, è un falso problema: non è tanto la possibilità che il lavoratore venga nominato consigliere di sorveglianza che caratterizza il modello tedesco, ma quanto che i lavoratori stessi possano nominare loro ‘rappresentanti’ in consiglio” (p. 483, nt. 152).

<sup>46</sup> Rilevato acriticamente da BIASI, *op. cit.*, p. 224 e s.

<sup>47</sup> GUARRIELLO, *Dalla direttiva sui comitati aziendali europei*, cit., p. 141, nonché in *Quale partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 495.

La pericolosità della disposizione legislativa è colta nel documento sopra citato della Cgil sul recepimento della direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori nella SE, in occasione della sottoscrizione dell'Avviso comune del marzo 2005<sup>48</sup>. In questo commento si segnala con preoccupazione che la normativa prevede l'incompatibilità "con l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato, sia pure per qualifica dirigenziale". "Ove questa causa di inleggibilità non venisse rimossa, si assisterebbe all'evidente paradosso di consentire la partecipazione organica di rappresentanti dei lavoratori solo ove questi non siano dipendenti dalla società ... ma siano sindacalisti esterni o figure terze di esperti. L'ipotesi va valutata attentamente a causa dell'impropria funzione partecipativa che il sindacato verrebbe ad assumere. Senza considerare che uno dei tradizionali ostacoli posti da parte padronale alla partecipazione dei lavoratori è proprio il timore di un controllo sindacale della funzione partecipativa".

Si è ritenuto utile riportare per esteso questi passaggi perché alcuni rilievi meritano di essere ripresi e valutati. In particolare: l'implicita affermazione che l'ineleggibilità riguardi solo i 'dirigenti', ritenuti portatori, tra tutti i lavoratori, del minor grado di indipendenza; la quasi cinica minaccia delle conseguenze cui porterebbe una interpretazione restrittiva e cioè l'ingresso nel consiglio di sorveglianza di sindacalisti esterni, in una sorta di scambio a scacchiera di rappresentanti eletti nei diversi consigli di sorveglianza.

Il tema si presta ad attente riflessioni, data l'importanza ostativa rivestita nei confronti del profilo partecipativo oggetto di queste note.

## 6. *Alla ricerca della nozione di indipendenza*

La nozione di indipendenza ha portata determinante, ma gli interpreti sembrano essere tuttora impegnati nella difficile ricerca di soluzioni soddisfacenti. La maggior parte rileva come la sua determinazione avvenga essenzialmente con un processo 'in negativo', assemblando nel 'non essere' situazioni eterogenee dalle quali sembra derivarsi una sorta di presunzione assoluta di conflitto immanente, se pur potenziale, di interessi in ordine ovviamente non già ad uno specifico atto, ma all'attività. Occorrerebbe pertanto

<sup>48</sup> Per una ampia ricostruzione dei contenuti, degli obiettivi e dei problemi dell'avviso comune, si rinvia all'analisi di GUARRIELLO, *Commentario alla direttiva*, cit., p. 312 ss.

“cercare di individuare come fondamento dell’indipendenza un dato positivo”, ravvisato talora “nel valore di reputazione proprio del soggetto”<sup>49</sup>. Si osservi che il Codice di autodisciplina per le società quotate (su cui *infra*), nel testo riformato adottato nel dicembre 2011, considera indipendenti i consiglieri “che non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con l’emittente o con soggetti legati all’emittente, relazioni tali da condizionarne attualmente l’autonomia di giudizio” (art. 3. P.1).

Tra le contraddizioni dell’impianto normativo vi è quella di inquadrare l’indipendenza come “mero requisito, ancorché essenziale, per l’assunzione della carica”, anziché considerarla “regola di condotta che trova sanzione e tutela sul piano della responsabilità”<sup>50</sup>.

Si osservi, infine, che l’indipendenza sembra essere modulata a seconda dei casi e ritenuta necessaria in numerosità variabile, con riferimento a specifiche fattispecie. Non è richiesto dalla disciplina legislativa che tutti i componenti il consiglio di sorveglianza siano indipendenti. Il sesto comma dell’art. 2409 cod. civ. attribuisce allo statuto la possibilità di “subordinare l’assunzione della carica al possesso di particolari requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza”. L’indipendenza è, pertanto, un requisito richiesto ad un certo numero di consiglieri, ma non a tutti. Possiamo ipotizzare una sua doppia valenza: rilevante ma non necessario nella generalità dei casi, indispensabile in presenza di legame ‘lavorativo’ tra il componente il consiglio di sorveglianza e la società.

Acquisito questo risultato, l’analisi deve spostarsi nello specifico, interrogandosi sul significato dell’indipendenza per le persone legate alla società da un rapporto di lavoro, collaborazione o consulenza. Condivisibile risulta la posizione di chi ritiene indispensabile, al fine di sciogliere gli innumerevoli nodi problematici che la disposizione pone, fare riferimento alla sua *ratio*, che è quella di “evitare che chi, con la propria attività professionale, contri-

<sup>49</sup> Cfr. FERRO-LUZZI, *Onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti nell’esercizio dell’impresa bancaria nel sistema dualistico*, in ABBADESSA, CESARINI, *op. cit.*, p. 145 e p. 151 ss.

<sup>50</sup> Cfr. CAPRARÀ, *op. cit.*, p. 53 ss., che segnala una lettura rigida e riduzionistica della dottrina, che non ha fatto emergere profilo e funzione dell’indipendenza. Dello stesso A. anche *La clausola generale dell’indipendenza: nozione e declinazioni operative*, in MERUZZI, TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, Cedam, 2011, p. 294: “il nucleo centrale dell’intera disciplina” sta “nella completezza e correttezza delle informazioni. In altri termini, il paradigma normativo non può che essere quello che si fonda sull’assunzione della responsabilità per le informazioni fornite e le motivazioni date, nonché sulla adeguata e ponderata analisi delle informazioni ricevute” (p. 347 ss.).

buisca alla definizione delle politiche gestionali di quella società ... oppure che ne sia comunque coinvolto a titolo di consulente o dipendente, possa poi svolgere un'attività di controllo ... su quelle stesse politiche gestionali"<sup>51</sup>.

Il pensiero corre alla tradizione della nostra materia e alla teoria – che si condivide<sup>52</sup> – in base alla quale è la doppia alienità la condizione identificativa del lavoro subordinato. In questa prospettiva sarebbe proprio il lavoratore subordinato ad essere il più indipendente dal datore di lavoro. Non risultano autori che si siano espressamente occupati della questione, salvo talora in maniera indiretta o incidentale<sup>53</sup>. Un riferimento si trova nella nota prima riportata della Cgil, che effettua una distinzione, all'interno del lavoro subordinato, ritenendo proprio i dirigenti coloro che sono maggiormente a rischio di mancanza di indipendenza.

Se poi passiamo alle relazioni sindacali, la rappresentanza dei lavoratori non può che essere 'indipendente' dalla società, pena la riconduzione nel campo del 'sindacato di comodo' e l'applicazione della disciplina dello Statuto dei diritti dei lavoratori.

Per trovare coerenza normativa, l'indipendenza va considerata come assenza di conflitto di interessi in chiave dinamica che si basa sull'assunzione della responsabilità. Questo porta a distinguere i requisiti per la nomina (professionalità e onorabilità) dall'indipendenza come regola di comportamento<sup>54</sup>, tenendo conto della funzione che si è chiamati a svolgere nell'organismo societario.

Supporto in tal senso proviene da testi dell'Unione europea. Lo si desume, in particolare, dal documento del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, sui *Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria*, nella versione più recente, adottata a settembre 2012, in cui, tra i criteri di valutazione, si cita la professionalità e l'onorabilità dei consiglieri ma non l'indipendenza e

<sup>51</sup> Così RIOLFO, *op. cit.*, p. 484 ss., sia pure essenzialmente con riferimento ai collegamenti tra società, controllate e capogruppo.

<sup>52</sup> Il Manuale di Massimo Roccella è ora curato e aggiornato da Fausta Guarriello e da chi scrive.

<sup>53</sup> Cfr. PORTALE, *Amministrazione e controllo nel sistema dualistico delle società bancarie*, in *RDC*, 2013, I, p. 25, che riporta il dibattito della dottrina tedesca sul concetto di 'indipendenza' degli azionisti componenti del consiglio di sorveglianza. L'A. aggiunge una osservazione introdotta letteralmente tra parentesi: "(tenendo conto ... che in una situazione di costante conflitto di interessi si collocano i rappresentanti dei lavoratori che fanno parte dello stesso organo)" (p. 26).

<sup>54</sup> Si può fare riferimento a CAPRARA, *op. cit.*, in particolare pp. 144 e 151.

poi si chiede di verificare l'eventuale esistenza di conflitti di interessi (p. 28). Il principio ispiratore si rinviene nella Raccomandazione della Commissione del 15 febbraio 2005, *sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui comitati del consiglio di amministrazione o di sorveglianza* (su cui *infra*). Ci troviamo così proiettati nella disciplina speciale per le società quotate e per le banche.

7. *La disciplina speciale per le società quotate e le banche e l'indipendenza come assenza di conflitto di interessi*

La disciplina del consiglio di sorveglianza nelle società quotate presenta notevoli peculiarità proprio in tema di sua composizione, in quanto non si applica l'art. 2409-*duodecies*, decimo comma, cod. civ., ma una specifica disposizione sulla ineleggibilità che, nel punto che qui interessa, amplia lo spettro facendo riferimento a “rapporti di lavoro autonomo o subordinato ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o professionale che ne compromettano l'indipendenza”<sup>55</sup>.

Ricompare qui la formula adottata nel sistema tradizionale per il collegio sindacale con il risultato di incrementare il raggio di operatività delle esclusioni, con perdita di coerenza del sistema<sup>56</sup> e tendenza all'“appiattimento del consiglio di sorveglianza sul collegio sindacale”<sup>57</sup>.

In relazione alle banche non sono, invece, previste disposizioni speciali, dato che l'art. 26, primo comma, del TUB rinvia a un regolamento, che è stato adottato nel 1998<sup>58</sup> e non è stato più aggiornato per tener conto dei nuovi modelli societari come il sistema dualistico.

<sup>55</sup> È l'effetto del combinato disposto dell'art. 148, co. 4-*bis*, co. 3, lett. c) e art. 154 del TUF, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, come modificato da ultimo dal d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37 e dalla l. 28 dicembre 2005 n. 262.

<sup>56</sup> Cfr. MARCHETTI, *Composizione e nomina degli organi sociali: ovvero, la missione dei consigli di gestione e di sorveglianza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2007, p. 317.

<sup>57</sup> GUACCERO, *Quotazione e sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *GCom*, 2004, I, p. 673.

<sup>58</sup> D. m. del Tesoro n. 161 del 18 marzo 1998. In realtà va fatto riferimento non solo a questo regolamento, ma anche a quello del ministero della Giustizia del 30 marzo 2000, n. 162, che stabilisce i requisiti di professionalità e onorabilità dei componenti il collegio sindacale delle società quotate, requisiti che si applicano anche ai consiglieri di sorveglianza delle stesse ai sensi dell'art. 1, co. 6-*quater*, del TUF).

Ai nostri fini, non sembrano rinvenibili elementi che possano condurre a una diversa interpretazione rispetto a quanto sopra proposto. Da un lato, viene mantenuta la formula finale sulla verifica del requisito dell'indipendenza, dall'altro riferirsi al lavoro autonomo e al lavoro subordinato è formula generica, idonea a ricomprendere le specificazioni sopra viste quanto a collaborazioni e consulenze.

Tutto questo però significa fermarsi al dato testuale e formale. In realtà, la tagliola della decadenza in caso di elezione di persona ineleggibile, il ruolo delle autorità di vigilanza (Consob e Banca d'Italia), l'assenza di esperienze e, quindi, di precedenti in materia, portano a rafforzare le barriere e gli ostacoli alla presenza nel consiglio di sorveglianza di lavoratori o loro rappresentanti, in virtù di una supposta condizione assoluta di non eleggibilità. Questo rilievo non è marginale, anzi. Non si può, infatti, dimenticare che la propensione più forte ad adottare il sistema dualistico si è manifestata, come abbiamo rilevato in precedenza, proprio nelle banche quotate<sup>59</sup>, soggette a rigidi regimi di ispezione e controllo.

Se usciamo dai confini nazionali, appare evidente l'anomalia del sistema italiano, che si palesa in tutta la sua distonica impostazione andando a verificare i principi enunciati nella Raccomandazione della Commissione europea del 15 febbraio 2005, già richiamata in chiusura del paragrafo che precede. Vi si trova conferma che l'indipendenza va considerata come garanzia di assenza di conflitti di interesse (in particolare punti 4 e 13), senza rientrare tra le "qualifiche" richieste, che consistono in "conoscenze, esperienze e opinioni, nel complesso, sufficientemente diversificate da consentire loro il corretto esercizio dei compiti loro affidati" (punto 11). Illuminante è l'Allegato II, sul *Profilo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza indipendenti*. Si fa effettivamente riferimento all'esclusione dell'esistenza di un rapporto di lavoro (il consigliere "non dovrebbe essere dipendente della società o di una società collegata"), tranne nel caso in cui l'elezione avvenga "nell'ambito di un sistema di rappresentanza dei lavoratori riconosciuto dalla legge". Nell'introdurre l'eccezione si fa riferimento alla situazione del "dirigente del livello più elevato", per il quale sembra restare, quindi, confermata la mancanza di indipendenza.

Ed è proprio così che la questione va affrontata e risolta. Vero che si tratta di una Raccomandazione, ma i suoi contenuti dimostrano ancora una

<sup>59</sup> In dottrina, rilevato da ultimo da RIOLFO, *op. cit.*, p. 872.

volta – e su uno dei profili più determinanti – la distanza siderale dell'impianto normativo nostrano se letto in maniera avulsa e ostile all'inserimento nel diritto societario di profili partecipativi. Dimostrano altresì che, se si guarda all'ordinamento giuridico con approccio interdisciplinare, è possibile superare le aprioristiche chiusure e interpretare la disciplina nazionale in conformità alle indicazioni unionali.

Non è chi non veda come in questa materia il tema del conflitto di interessi o riguarda aspetti di intreccio di convenienze e di reti di natura economica – “vero nodo legato agli intrecci societari e agli scambi di cariche nell'ambito delle società quotate”<sup>60</sup> – oppure va a toccare uno dei punti cruciali del sistema di relazioni sindacali partecipative: la determinazione della sua capacità di condizionamento delle scelte dell'impresa, tenendo conto dei diversi ‘interessi’ in gioco e della loro interdipendenza, al fine di individuare un “interesse di sistema”<sup>61</sup>.

Possiamo qui considerare acquisito un primo aspetto: è possibile interpretare le disposizioni legislative come non preclusive nei confronti dei lavoratori, collaboratori e consulenti, ma attente alla loro indipendenza, e l'indipendenza come assenza di conflitto di interessi, inclusiva dell'autonomia di giudizio, nel senso sopra chiarito. Resta l'opportunità di un intervento di modifica, che preveda espressamente l'ingresso dei rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di vigilanza e adatti di conseguenza l'impianto normativo.

Si deve ora passare al tema – che a sua volta, come si vedrà, necessita di un intervento di modificazione normativa – dell'attuale possibilità di scegliere, per via statutaria, quale sia l'organismo cui affidare compiti di indirizzo e di supervisione strategica.

#### 8. *Le funzioni di indirizzo e di supervisione strategica, con particolare riferimento alle banche*

Un rafforzamento dei poteri del consiglio di sorveglianza è stato operato con i decreti correttivi della riforma societaria (d.lgs. 37/04 e d.lgs. 310/04), mediante l'attribuzione della possibilità di deliberare in ordine all'indirizzo strategico e i piani industriali e finanziari della società (la c.d. ‘alta ammini-

<sup>60</sup> Cfr. TANTINI, *L'indipendenza dei sindaci*, Cedam, 2010, p. 2.

<sup>61</sup> Da ultimo, CARRIERI, MILITELLO, *op. cit.*, rispettivamente p. 6 e p. 17.

strazione’) predisposti dal consiglio di gestione (art. 2409-*terdecies*, co. 1, lett. f-*bis*), cod. civ.)<sup>62</sup>. Questa importante e decisiva competenza è però solo eventuale.

La possibilità di scegliere a livello di statuto se affidare o meno la funzione di alta amministrazione è la seconda basilare differenza rispetto al c.d. ‘modello tedesco’, assieme all’assenza di disciplina quanto all’inserimento di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza. Si tratta, a mio avviso, di aspetti strettamente interconnessi, come si cercherà di dimostrare.

È soprattutto nel settore bancario che la questione si pone con particolare rilevanza, data l’ostilità, più o meno espressa, all’affidamento di queste competenze al consiglio di vigilanza da parte della Banca d’Italia, con conseguenze strutturalmente negative, oltre che ostative di qualsiasi apertura alla partecipazione. Eppure è questo il settore in cui l’attribuzione solo opzionale della funzione di indirizzo strategico al consiglio di sorveglianza si scontra (ancora una volta) con la normativa unionale.

La direttiva 2013/36/UE *sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento*, altrimenti detta ‘CRD IV’<sup>63</sup> e che include i contenuti dell’accordo c.d. ‘Basilea III’, è chiara nel garantire agli Stati membri la scelta tra modello a struttura monistica o dualistica, ma una volta adottato il secondo esige la distinzione delle funzioni e attribuisce la supervisione strategica al consiglio di sorveglianza: “negli Stati membri con sistema dualistico, la funzione di supervisione strategica è svolta da un consiglio di sorveglianza separato, che non ha funzioni esecutive, e la funzione esecutiva è svolta da un consiglio di gestione separato, che è responsabile della gestione quotidiana dell’impresa e ne risponde. Di conseguenza alle diverse entità all’interno dell’organo di gestione sono affidati compiti distinti” (cons. 56). Ed è così che, nell’art. 3, dedicato alle definizioni, si precisa che quando la direttiva “fa riferimento all’organo di gestione e, conformemente al diritto nazionale, le funzioni di gestione e di supervisione strategica dell’organo di gestione sono assegnate a organi ... diversi ..., lo Stato membro identifica gli organi ... responsabili” (comma 2).

<sup>62</sup> Cfr. ABBADESSA, *op. cit.*, p. 4 ss.

<sup>63</sup> Ossia la quarta direttiva europea che aggiorna la regolamentazione dei requisiti minimi di capitale delle banche europee.

È interessante osservare che, nello stesso testo, la presenza di una rappresentanza dei lavoratori negli organismi di gestione viene auspicata, assieme alla presenza equilibrata di donne e di uomini, quale “strumento positivo per rafforzare la diversità, dal momento che apporta una prospettiva essenziale e una reale conoscenza del funzionamento interno degli enti” (cons. 60)<sup>64</sup>, smentendo in radice le motivazioni che nel nostro Paese sono alla base dei tentativi di esclusione.

Si tratta di indicazioni nuove che le direttive precedenti (del 2002 e del 2006), di cui quella del 2013 rappresenta modifica o sostituzione, non trattavano, ma questo non impedisce che prosegua l'indifferenza, se non l'implicita resistenza, della Banca d'Italia, che conferma invece sul punto l'impostazione seguita qualche anno fa al momento dell'emanazione delle Disposizioni di vigilanza per le banche. Ora, con la circolare n. 285 nell'aggiornamento del 24 giugno 2014<sup>65</sup>, come allora, con la circolare del 4 marzo 2008, la funzione di supervisione strategica dell'impresa bancaria è attribuita al consiglio di sorveglianza solo a fini di vigilanza, ripartendola con il consiglio di gestione, e solo qualora il consiglio di sorveglianza risulti statutariamente intestatario della funzione di alta amministrazione e di indirizzo strategico (parte I, sez. I, titolo IV, cap. I, ‘governo societario’).

Siamo in presenza di una doppia condizionalità, che finisce per allontanare definitivamente il sistema nazionale non solo da altri, come quello tedesco, ma dalle indicazioni provenienti dall'Unione europea. La direttiva sopra richiamata è, infatti, solo uno dei documenti in cui si ribadisce che, qualora si adotti il sistema dualistico, “la funzione di supervisione del consiglio è svolta da un'entità separata nota come consiglio di sorveglianza”<sup>66</sup>.

Se si possono comprendere gli apprezzamenti<sup>67</sup>, in realtà ondivaghi e

<sup>64</sup> La direttiva prosegue consigliando che la diversità faccia parte dei criteri per la composizione degli organismi di gestione, anche perché in questo modo è possibile “controllare più efficacemente la dirigenza e contribuire pertanto a migliorare la supervisione del rischio e la resilienza degli enti”.

<sup>65</sup> La circolare è del 17 dicembre 2013 ed è già arrivata, al momento in cui si scrive, al quinto aggiornamento, il primo dei quali, quello del 6 maggio, determinante ai nostri fini, occupandosi del Titolo IV ‘Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi’.

<sup>66</sup> Così nel documento del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, sui *Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria*, per spiegare il riferimento distinto ai “membri del consiglio di amministrazione e dell'alta direzione” (p. 27).

<sup>67</sup> Così CARIELLO, *op. cit.*, secondo il quale queste “Disposizioni non erano e non sono predisposte ... per boicottare e frustrare l'attribuzione statutaria al consiglio di sorveglianza

non sempre condivisi, degli interpreti nei confronti delle Disposizioni di vigilanza del 2008 in materia di organizzazione e governo societario, il nuovo quadro istituzionale non consente il permanere della tiepidezza della Banca d'Italia nei confronti del sistema dualistico, basata sulla compresenza nello stesso organismo di funzioni di controllo e di gestione.

Prima di proseguire sia consentito un richiamo a una questione di portata generale e che riguarda il ruolo e l'efficacia delle disposizioni della Banca d'Italia nel sistema delle fonti. L'attuazione della direttiva è avvenuta per via regolamentare prima dello stesso affidamento della delega alla trasposizione per via legislativa. Il Parlamento solo a ottobre 2014 (l. 7 ottobre 2014 n. 154) ha approvato la "legge di delegazione europea 2013", contenente la delega al Governo per il recepimento della direttiva 2013/36/UE, tra i cui principi vi è quello del ricorso, se opportuno, "alla disciplina secondaria adottata dalla Banca d'Italia e dalla Consob" (art. 3, co. 1, lett. b). Ogni commento pare superfluo!

Del resto, nel ricostruire il sistema dualistico per le società bancarie, la dottrina richiama il d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, TUB), con le modifiche apportate dalla riforma del diritto societario a partire dal 2003. Questo, però, fino al 2008. Da quel momento in poi il riferimento va alle disposizioni della Banca d'Italia: "maggiore peso rispetto alla legge, nel settore bancario, hanno ... le Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia, emanate per garantire che l'adozione del modello dualistico da parte di istituti bancari fosse rispettoso delle esigenze di tutela del settore e della salvaguardia degli interessi generali coinvolti nella materia del credito"<sup>68</sup>. Consci dei rischi, si precisa che si tratta di indicazioni per l'adozione di modelli, senza efficacia normativa, ma se ne accetta la diffusa applicazione, con l'unico limite rappresentato dalla compatibilità con le fonti primarie. Si sostiene, ad esempio, che per quanto controversi siano "i confini in cui può esplicarsi l'intervento di Banca d'Italia nell'indirizzare l'esercizio dell'autonomia statutaria delle banche", "le esigenze di corretta e prudente

delle funzioni d'indirizzo e supervisione strategica, bensì per corredarle di quelle opportune cautele idonee a scongiurare che tale riserva dia luogo a indebite intromissioni del consiglio di sorveglianza nell'esercizio di funzioni e competenze di esclusiva pertinenza del consiglio di gestione" (p. XX ss.). Ma si veda la diversa posizione a pagina XXII, in cui si valorizza la 'compartecipazione' dei due organismi resa possibile dall'opzione statutaria per l'attribuzione di poteri di indirizzo strategico al consiglio di sorveglianza.

<sup>68</sup> Cfr. RIOLFO, *op. cit.*, p. 875.

gestione non possono giungere sino a legittimare clausole statutarie confliggenti con disposizioni inderogabili di legge<sup>69</sup>.

La dottrina prevalente è anche concorde nel ritenere che le Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia siano previsioni 'correttive' imposte alle banche che hanno adottato il sistema dualistico, per ricondurlo nell'alveo dei principi che regolano il settore del credito. Si arriva, infatti, ad affermare, che la normativa secondaria non solo inserisce una pluralità di fonti aumentando la difficoltà del loro coordinamento, ma introduce disposizioni amministrative di attuazione che arrivano ad essere "pervasive e riduttive dell'autonomia statutaria"<sup>70</sup>, soprattutto per la parte relativa alle competenze in materia di supervisione strategica affidate al consiglio di sorveglianza, nel tentativo di ripiegamento verso il tradizionale ruolo affidato al collegio dei sindaci.

La necessaria separazione di competenze e funzioni tra compiti di supervisione strategica e compiti di gestione produce una limitazione delle funzioni di controllo del consiglio di sorveglianza, uno slittamento dalla gestione alla supervisione strategica per il consiglio di gestione e la delega di funzioni gestionali all'amministratore delegato, portando il sistema da *two-tier board* (nella traduzione italiana, appunto, il sistema dualistico) a *three-tier board*<sup>71</sup>.

### 9. Le funzioni di controllo

Attribuire al consiglio di sorveglianza esclusivamente compiti di controllo significa tradire l'ispirazione originale della introduzione del sistema dualistico. Come si legge nella Relazione al d.lgs. 6/03, il consiglio di sorveglianza è un organo "misto di gestione e controllo". In altri termini, tale organo deve essere in grado di condizionare la gestione<sup>72</sup>. Questo è sempre più

<sup>69</sup> Così RESCIO, *L'adeguamento degli statuti nelle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in NARDONE, TOMBARI (a cura di), *Il sistema dualistico: prospettive e potenzialità applicative*, Giappichelli, 2009, p. 174.

<sup>70</sup> Così PRESTI, *Il modello dualistico applicato alle banche*, in NARDONE, TOMBARI, *op. cit.*, p. 156.

<sup>71</sup> Espressione proposta da LOPREIATO, *Le autorità di vigilanza di fronte alla Governance dualistica delle banche*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2007, anticipando e intuendo lo schema che ora sta per consolidarsi definitivamente.

<sup>72</sup> Cfr. SANTI, *Sub art. 2409-duodecim*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Cedam, 2005, p. 1168.

difficile se si considera che la stessa funzione di controllo risulta depotenziata rispetto al modello societario tradizionale.

È la circolare n. 285, già sopra citata, della Banca d'Italia a precisare che “la funzione di supervisione strategica si riferisce alla determinazione degli indirizzi e degli obiettivi aziendali strategici e alla verifica della loro attuazione”, mentre “la funzione di controllo si sostanzia nella verifica della regolarità dell'attività di amministrazione e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili della banca” (parte prima.IV.1.2). Siamo in presenza di una interpretazione restrittiva, ostile all'affidamento al consiglio di sorveglianza della verifica sull'attuazione degli indirizzi strategici del consiglio di gestione. Che questo rientri nei timori della Banca d'Italia è di tutta evidenza: “l'attribuzione di compiti di supervisione strategica al consiglio di sorveglianza non deve condurre a ingerenze di quest'ultimo nella gestione, per non snaturarne di fatto la funzione di controllo e non limitare l'autonomia dell'organo cui è attribuita la gestione” (parte prima.IV.1.10).

In realtà, la tendenza a confinare le competenze del consiglio di sorveglianza nel mero controllo è accentuata dal tentativo di applicare il principio della distinzione di ruoli mediante la tripartizione sopra richiamata: supervisione strategica, gestione e controllo, con uno slittamento dal piano delle funzioni a quello degli organismi, che porta ad assegnare la prima al consiglio di gestione, la seconda all'amministratore delegato e la terza al consiglio di sorveglianza.

Da non sottovalutare la riflessione dei giuscommercialisti sul bilanciamento tra proprietà (dei soci) e potere (degli organi societari) che il sistema dualistico dovrebbe maggiormente consentire, comprimendo il ruolo dell'assemblea e, almeno sulla carta, sviluppando amministrazione e controllo in una dialettica ripartita tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione<sup>73</sup>. Convincente appare il rilievo di chi ha osservato, occupandosi della nozione di indipendenza, che in realtà “quanto meno il consiglio di sorveglianza è indipendente dall'assemblea, tanto più l'assemblea, per il tramite del consiglio di sorveglianza, può condizionare fattualmente il consiglio di gestione”<sup>74</sup>.

L'allontanamento dal nucleo ideale originario accentua la critica che fa leva sulla mancanza di economicità del sistema dualistico per quanto riguarda

<sup>73</sup> Cfr. ZAMPERETTI, *Prime significative applicazioni del sistema dualistico*, in *Società*, 2006, 10, p. 1193.

<sup>74</sup> Cfr. SCHIUMA, *op. cit.*, p. 709.

composizione ipertrofica, inefficienza decisionale e farraginosità procedimentale e sbarra la strada – e qui ci avviciniamo al tema oggetto di queste note – a percorsi partecipativi, non più solo sotto il profilo tecnico, ma anche sotto quello funzionale. Il sistema dualistico italiano, “nel suo essere alternativo sul solo fronte del controllo e non anche dell’amministrazione”, tradisce l’impianto originale, che evocava un organismo alternativo ‘di amministrazione e di controllo’ e viene “decisamente appiattito sul paradigma del collegio sindacale”, sbilanciando l’equilibrio “a favore delle esigenze del controllo, del tutto marginali risultando quelle della direzione strategica o dell’alta amministrazione”<sup>75</sup>. E così, come ci avvertiva Massimo D’Antona, con i diritti di controllo, “ciascuna parte resta libera in ordine all’atteggiamento da tenere o alle decisioni da prendere”<sup>76</sup>.

Si osservi che l’appiattimento sul collegio sindacale è ancora più spinto per le società quotate e quelle bancarie, così come risulta dalla disciplina speciale (TUF e TUB), che prevede diffusamente l’estensione al consiglio di sorveglianza delle disposizioni dettate per il collegio sindacale.

È evidente a questo punto che le due principali differenze del sistema dualistico italiano da quello tedesco sono fortemente interconnesse: l’ostilità ammantata da indifferenza nei confronti della presenza nel consiglio di sorveglianza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori si salda con la tendenziale limitazione delle funzioni al controllo a posteriori.

Resta, infine, da segnalare un ulteriore specifico aspetto relativo al controllo, che dimostra la lontananza rispetto all’obiettivo partecipativo della regolamentazione prevista per le banche quotate. Tra i molteplici doveri attribuiti al consiglio di sorveglianza, nelle società quotate e nelle banche, rientra quello della tempestiva comunicazione alle autorità nazionali di vigilanza (rispettivamente: Consob e Banca d’Italia) delle irregolarità riscontrate, trasmettendo i verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti o ogni altra utile documentazione (art. 149, commi 3 e 4-*bis*, TUF e art. 52 TUB). Le banche sono sottoposte a stringenti verifiche, al punto da far parlare di eccesso di controlli, di autolimitazioni e di procedure, interne ed esterne. Difficile pensare che in presenza di irregolarità non si cerchi di trovare una

<sup>75</sup> Cfr. SCHIUMA, *op. cit.*, rispettivamente p. 693 e p. 699.

<sup>76</sup> D’ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in RGL, 1992, I, p. 213, ora in Massimo D’Antona – *Opere*, a cura di CARUSO, SCIARRA, Giuffrè, 2000, vol. II, p. 332.

soluzione interna e informale, in modo da ritardare o evitare il più possibile la loro segnalazione alle autorità.

Qui non rileva la questione del difficile doppio binario della rappresentanza sindacale, tra partecipazione e conflitto, ma quella della salvaguardia delle sorti della società, all'interno della quale si giocano quelle dei lavoratori.

#### 10. *Sistema dualistico e partecipazione azionaria dei lavoratori*

È necessario, prima di concludere queste note, dedicare qualche cenno alle società che hanno adottato il modello dualistico e hanno altresì, per loro natura o per scelta, azionariato dei dipendenti. Si tratta di una fattispecie in cui diventa impossibile separare la partecipazione alla gestione, intesa come presenza nel consiglio di sorveglianza, dalla partecipazione azionaria. In effetti, chi si è occupato di partecipazione economica o finanziaria dei lavoratori<sup>77</sup> si è sempre posto il problema della presenza di loro rappresentanti negli organismi societari, mentre non è sempre vero il contrario.

Questo collegamento, che supera la distinzione tradizionale e la separazione di analisi, riceve nuova linfa dal dibattito e dalla “progettualità legislativa dell'attuale fase”, che, come è stato osservato, porta all’“avvicinamento della partecipazione alla gestione alle formule di partecipazione finanziaria”, in una sorta di “*continuum* partecipativo”<sup>78</sup>. Si tratta di un impianto metodologico che non è solo funzionale al meritorio obiettivo di progettare “una disciplina legale organica delle varie forme possibili” di partecipazione, ma a mettere in evidenza che “forme incisive di partecipazione all'economia delle imprese” non possono che implicare “un certo grado di partecipazione alle decisioni riguardanti la gestione”<sup>79</sup>.

Come è noto, la partecipazione azionaria dei lavoratori trova nell'ordinamento dell'Unione europea fondamento risalente alla Raccomandazione 92/443/CEE, sulla *promozione della partecipazione dei lavoratori subordinati ai profitti e ai risultati dell'impresa (compresa la partecipazione al capitale dell'impresa)*,

<sup>77</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 417 ss.; GHERA, *Azionariato dei lavoratori e democrazia economica*, in RIDL, 2003, p. 414; GUAGLIANONE, *Individuale e collettivo nell'azionariato dei lavoratori*, Giappichelli, 2003, p. 858; ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo*, Giuffrè, 1998.

<sup>78</sup> Così ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione*, cit., pp. 22 e 24.

<sup>79</sup> Ancora ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione*, cit., p. 25.

cui sono seguiti studi e documenti, i più significativi e recenti dei quali consistono nel parere del CESE, sulla *Partecipazione finanziaria dei lavoratori in Europa*, del 21 ottobre 2010, in cui si sottolinea l'importanza del "coinvolgimento nei processi decisionali" ai fini della promozione di "una buona Governance societaria" (punto 3.5); nel Libro verde su *Il quadro dell'Unione europea in materia di governo societario*<sup>80</sup>, che si interroga sulla necessità e sulle modalità della promozione della partecipazione azionaria dei dipendenti, e nella risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2014, sulla *partecipazione finanziaria dei dipendenti agli utili dell'impresa*<sup>81</sup>, che prospetta un "29° piano di partecipazione quale quadro giuridico unico" e, tra i principi, il coinvolgimento nella *Governance*.

Nell'ordinamento nazionale la disciplina è scarsa, avulsa da qualsiasi prospettiva di coinvolgimento negli organi societari, di impronta essenzialmente individualista, senza conferimento ai lavoratori azionisti di un'identità e, quindi, di una rappresentanza collettiva, se non con riferimento all'azionariato di minoranza.

La riforma societaria del 2003 con l'introduzione del sistema dualistico (e monistico) ha "sostanzialmente confermato, in materia di azionariato dei lavoratori, la opzione individualistica presente fin dalle origini nel modello codicistico". Ne deriva che la tutela dell'azionista lavoratore dipendente rimane all'interno della "più ampia e problematica area della tutela delle minoranze azionarie"<sup>82</sup>. Si può, pertanto, fare riferimento solo agli strumenti ordinari connessi alla titolarità di azioni.

Sotto il profilo qui considerato una disposizione di estrema rilevanza è quella posta al quinto comma dell'art. 2351 cod. civ.<sup>83</sup>, che affida allo statuto societario la possibilità di introdurre una disposizione che porti a riservare ai lavoratori assegnatari di strumenti finanziari (peraltro diversi dalle azioni, ai sensi del secondo comma dell'art. 2349 cod. civ.) la nomina di un consigliere indipendente. È stato osservato dagli interpreti del sistema societario che la disposizione consente "l'introduzione anche in Italia di un meccanismo di minima rappresentanza dei lavoratori", dando per acquisita la regola

<sup>80</sup> COM (2011), 164 def., punto 2.8.

<sup>81</sup> 2013/2127, INI, punto 16 e 21, lett. g).

<sup>82</sup> Cfr. GHERA, *La partecipazione azionaria dei dipendenti dopo lo statuto della società europea*, in *DL*, 2005, p. 241 e p. 247.

<sup>83</sup> Cui in realtà va aggiunto l'art. 2499 cod. civ. sull'attribuzione di tale potere di nomina allo Stato o ad altro ente pubblico.

generale della ineleggibilità<sup>84</sup>. Si ripresenta così la questione dell'indipendenza dei componenti il consiglio (di sorveglianza, ma anche di amministrazione o il collegio sindacale), che va risolta in senso esattamente opposto, ribadendo che la regola generale chiede la verifica di indipendenza ai fini della eleggibilità. Solo così si riesce ad effettuare un coordinamento, altrimenti impossibile, di questa disposizione con quella prima commentata sui limiti alla eleggibilità di coloro che sono legati da un rapporto di lavoro, collaborazione o consulenza, confermandone l'interpretazione proposta. Questa disposizione, in altri termini, non costituisce un'eccezione, ma si inserisce a pieno titolo nella previsione generale<sup>85</sup>. Anzi. Proprio la presenza di questa disposizione porta ulteriori elementi utili ai fini di una interpretazione sistematica delle disposizioni in materia di indipendenza, coerente con le indicazioni provenienti dalle istituzioni dell'Unione europea.

Per le società quotate in borsa, viene riconosciuta alle associazioni di azionisti la possibilità di costituirsi come gruppo di minoranza (art. 141 del d.lgs. 58/98, TUF). La disposizione fa riferimento genericamente agli azionisti, tra i quali ovviamente possono rientrare anche i lavoratori, ma senza attenzione specifica, e ammettendo una presenza fortemente minoritaria. Le associazioni di azionisti “non hanno ... alcuna possibilità di formare ... una volontà maggioritaria idonea a prevalere sulla volontà e sull'interesse individuale”<sup>86</sup>.

Esistono tuttavia casi in cui i lavoratori possessori di azioni non sono affatto minoranza. Questo porta a una delle esperienze più particolari di applicazione del sistema dualistico nel nostro Paese, già così carente di esperienze: un caso limite, ma significativo, di banca con sistema dualistico, quotata in borsa, e di natura cooperativa<sup>87</sup>, e queste note sono frutto dell'esperienza personale maturata nel suo consiglio di sorveglianza. Si tratta

<sup>84</sup> Cfr. RIOLFO, *op. cit.*, p. 450. Secondo questo A., “attraverso tale meccanismo si aggirebbe il divieto di nominare ... nel consiglio di sorveglianza soggetti legati alla società” o alle controllate di soggetti legati da rapporto di lavoro, “(perché passibili di comprometterne l'indipendenza)” (nt. 49, stessa pagina).

<sup>85</sup> D'altro canto si chiude ribadendo che “alle persone così nominate si applicano le medesime norme previste per gli altri componenti dell'organo cui partecipano”.

<sup>86</sup> Cfr. GHERA, *Azionariato dei lavoratori*, cit., p. 433 e, da ultimo, ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione*, cit., p. 28.

<sup>87</sup> In dottrina si è addirittura teorizzato che, dato il “difficile adattamento a particolari società cooperative, come quelle di lavoro”, si può arrivare a ritenere non applicabile il modello dualistico. Così RIOLFO, *op. cit.*, p. 917.

della Banca popolare di Milano (BPM), che ha modificato l'assetto della propria *Governance* in tempi relativamente recenti (il 2011), al fine di introdurre un filtro tra la rappresentanza degli interessi dei lavoratori azionisti e la gestione della banca, filtro reso necessario da situazioni patologiche ancora al vaglio della magistratura. Non si può entrare nel dettaglio, ma solo segnalare come, dal punto di vista delle relazioni industriali, si è realizzata una paradossale utilizzazione rovesciata del modello dualistico, come strumento di interdizione dell'influenza dei dipendenti, resa possibile dal voto capitario ('una testa un voto') – a prescindere dal controllo sul capitale della società – condizionante l'elezione degli organi societari da parte dell'assemblea. Si spiega anche così perché sia solo questa banca, a differenza di tutte le altre che hanno adottato il sistema dualistico, ad avere uno statuto che esclude l'attribuzione al consiglio di sorveglianza dei poteri di indirizzo e, quindi, per l'interpretazione fornita dalla Banca d'Italia, delle competenze di supervisione strategica.

Il principio del voto capitario rende determinanti, ai fini dell'elezione del consiglio di sorveglianza, le scelte dei soci lavoratori, data la elevata numerosità dei dipendenti (e dei pensionati), che però rappresentano la percentuale ampiamente minoritaria quanto a quote di possesso del capitale. Viene così in rilievo la questione delle coalizioni azionarie, con 'sindacati di voto' o patti parasociali (artt. 2341-*bis* e 2341-*ter*, cod. civ.), con la possibilità di conferimento della rappresentanza ad una società, associazione, fondazione o altro ente collettivo o istituzione (art. 2372, co. 4, cod. civ.) al fine dell'espressione di una posizione comune nelle assemblee.

In realtà, nelle società quotate, proprio l'esistenza di un patto parasociale rilevante ma occulto, in quanto non comunicato né pubblicato ai sensi dell'art. 122 del d.lgs. 58/98 (TUF), e, soprattutto, il comportamento delle parti, emerso durante le ispezioni della Banca d'Italia, ha portato la Consob, con delibera n. 18605 del 3 luglio 2013<sup>88</sup>, a sanzionare l'Associazione di dipendenti-soci, denominata 'Associazione Amici della Bipiemme', e i suoi componenti, per il tentativo di influenzare la nomina e l'agire del consiglio di sorveglianza. Nel documento si legge che, tra le violazioni contestate, a seguito delle verifiche ispettive della Banca d'Italia, vi è quella dell'esistenza di "numerose criticità nell'assetto di governo" della banca, riconducibili alle "frequenti interlocuzioni dirette tra membri del Consiglio e le rappresen-

<sup>88</sup> In [www.consob.it](http://www.consob.it).

tanze dei dipendenti” ed al “peso predominante delle rappresentanze dei soci dipendenti” nella *Governance* della banca, tale da determinare un “loro improprio coinvolgimento nelle scelte gestionali, con conseguente condizionamento della funzionalità degli organi”, “condizionat(i) da una delicata ricerca di preventivo consenso e da un obiettivo di conservazione degli equilibri nell’ambito di tale compagine”. Si osservi che viene inoltre contestato un particolare esercizio di influenza da parte dell’associazione di dipendenti sulle determinazioni di voto assembleare contrario ai *desiderata* dell’organismo di vigilanza: “sulla base dell’esame delle singole manifestazioni di voto espresse ... è stato, infatti, possibile rilevare che il voto contrario degli associati è stato determinante per impedire l’approvazione della modifica statutaria di innalzamento del numero delle deleghe, individuata dalla Banca d’Italia quale strumento per favorire il ripristino di un equilibrato sistema di *Governance*”. Ogni commento appare ancora una volta superfluo e sempre con riferimento al ruolo della Banca d’Italia.

Come risulta evidente, eventuali tentativi di ripercorrere l’esperienza associativa, anche scegliendo la strada esplicita del patto parasociale, dovranno essere valutati attentamente, sia per la discussa (in dottrina) possibilità di stipulare tale patto in riferimento alle cariche sociali, sia per l’evidente contrarietà manifestata dagli organismi nazionali di vigilanza (Consob, ma anche Banca d’Italia).

Tornando al profilo più generale, le proposte rivolte a collegare l’azionariato dei dipendenti alla titolarità di speciali diritti funzionali all’influenza sulla gestione dell’impresa sono rimasti nel dibattito interno al sistema di relazioni sindacali, restando del tutto estranei al diritto societario. È invece da condividere il rilievo che porta a “dubitare della perseguibilità di una ‘soluzione giuslavoristica’ scindibile da quella di diritto societario”<sup>89</sup> e questo rimanda alla prospettiva *de iure condendo*.

## II. *Le possibili vie d’uscita: i progetti di riforma e il ruolo della contrattazione collettiva*

Per comprendere quali siano le attuali ipotesi di inserimento della prospettiva partecipativa nel sistema societario e, in particolare, in quello duali-

<sup>89</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 155.

stico, sono da prendere in considerazione i progetti di legge delle ultime due legislature, che si collocano a cavallo della delega non esercitata contenuta nella l. 28 giugno 2012 n. 92<sup>90</sup>.

Per fare il punto sulla ripetuta attività di presentazione di progetti di legge da parte di deputati e senatori, si può partire dalla “bozza provvisoria di testo unificato”, del 24 ottobre 2009, elaborata da Pietro Ichino sulla base di quattro testi<sup>91</sup>, eterogenei sul punto che ci interessa<sup>92</sup>, e che continua a costituire il modello delle proposte di legge dell’attuale legislatura<sup>93</sup>. In questo testo, si prevede la stipulazione di un contratto collettivo destinato a introdurre anche la “partecipazione di rappresentanti eletti dai lavoratori o designati alle organizzazioni sindacali in organi di sorveglianza” ai fini del “controllo sull’andamento o su determinate scelte di gestione aziendale” (art. 1, co. 1, lett. d). Una specifica disposizione è dedicata alla partecipazione di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza delle S.p.a. e delle SE con più di 300 lavoratori a seguito di stipulazione di contratto aziendale, ferme restando le disposizioni in materia di sistema dualistico del codice civile. Ripartizione dei posti e modalità di designazione sono rimesse al contratto aziendale, fermo restando che qualora sia stato anche attivato un piano di azionariato dei dipendenti, un posto nel consiglio di sorveglianza va riservato “a un rappresentante dei dipendenti che aderiscano al detto piano” (art. 3).

In realtà il testo parlamentare più completo è quello che ha come primo firmatario Tiziano Treu, in cui la partecipazione di “una quota non inferiore a un quinto e non superiore alla metà dei componenti” di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza viene fatta derivare da una richiesta qualificata avanzata o da almeno il 30% dei dipendenti o dalle RSA/RSU o dalle OO. SS. e regolata dalla contrattazione collettiva. Salva sua diversa disposizione, i consiglieri sono eletti per il 70% dai lavoratori,

<sup>90</sup> Per un articolato commento cfr. GUARRIELLO, *I diritti di informazione e partecipazione*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 766.

<sup>91</sup> CASTRO, n. 803/2008, TREU, n. 964/2008, CINZIA (e non Anna, come viene costantemente ripetuto) BONFRISCO, n. 1307/2009 e ADRAGNA, n. 1531/2009.

<sup>92</sup> Segnala GUARRIELLO, *I diritti di informazione*, cit. che la convergenza delle proposte nella bozza unificata ha finito per confonderne “i contorni, inquinando con finalità improprie il genuino richiamo all’opzione partecipativa contenuta nell’art. 46 della Costituzione e nelle normative europee” (p. 777), riprendendo TREU, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, in *DRI*, 2010, I, p. 93.

<sup>93</sup> Ad esempio quella di NENCINI, n. 1183 del 22 novembre 2013 e di NASTRI, n. 1998 del 24 gennaio 2014.

mentre il restante 30% è designato dalle associazioni sindacali territoriali. Il tutto cercando di mantenere paritaria la proporzione tra le due quote e rappresentare tutte le categorie di lavoratori: operai, impiegati, quadri e dirigenti (artt. 6 e 7 del d.d.l. n. 964).

Più recentemente, una disposizione sulla ‘partecipazione dei lavoratori negli organi societari’ è inserita nella articolata ‘proposta di legge sindacale’ della rivista *Diritti, Lavori, Mercati*, pubblicata sul numero 1, 2014. La soglia dimensionale scende da 300 a 250 lavoratori e le società considerate possono assumere qualsivoglia veste (S.p.a., S.r.l., cooperative, SE). La quota di presenza rimane compresa tra un quinto e non più della metà dei componenti. La differenza più rilevante e significativa consiste nella scelta di rendere questa presenza obbligatoria e non opzionale (su richiesta dei lavoratori o sindacale) e applicabile anche in assenza di adozione del sistema dualistico<sup>94</sup>, prevedendosi – ma forse solo in alternativa tra loro – per il consiglio di amministrazione, per il consiglio di sorveglianza, per il collegio sindacale. Alla contrattazione collettiva spetta comunque la determinazione di composizione, funzioni e modalità elettorali (art. 8).

Si concorda, tuttavia, con quanti hanno rilevato la debolezza insita nello strumento della contrattazione collettiva, su cui peraltro ancora – forse ancor più che in passato – si punta, in omaggio alla tradizione politico-culturale del nostro sistema di relazioni sindacali, ma senza tener conto della sua inadeguatezza, in termini giuridico-formali e sostanziali: “la storia della partecipazione all’italiana ha preso le mosse, più di trent’anni fa, dall’abbozzo di una democrazia industriale fondata sulla via contrattuale” ma, “per quanto generoso quell’abbozzo è risultato poco concludente”<sup>95</sup>.

Se rimane immutato il contesto normativo della riforma societaria, che ha espressamente escluso di utilizzare i regimi societari come ambiente per far germogliare la partecipazione dei lavoratori, e se permangono percorsi blindati, presidiati dal diritto bancario, finanziario e societario, la contrattazione collettiva appare un’arma possibile ma particolarmente spuntata. A poco finisce per rilevare persino l’annosa questione che arrovella i giuslavoristi sui suoi limiti di efficacia soggettiva. Scomodare l’art. 8 del d.l. 13 agosto

<sup>94</sup> Come risulta nella ‘Guida alla lettura’, la ‘partecipazione organica’ non viene collegata al sistema dualistico, in considerazione del fatto che risulta “pressoché estraneo alla realtà italiana”.

<sup>95</sup> Cfr. CARRIERI, MILITELLO, *op. cit.*, p. 3.

2011 n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011 n. 148, per la parte in cui affida alla contrattazione di prossimità la possibilità di adottare “forme di partecipazione dei lavoratori”<sup>96</sup>, sembra quasi un percorso consolatorio, di autoaffermazione, ma – e a prescindere dai dubbi sulla legittimità della disposizione – del tutto cedevole rispetto al diritto dei commerci.

La rinnovata fase di dibattito e di progettualità sul tema della partecipazione, laddove auspica la presenza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori negli organismi societari, non può limitarsi a invocare o assegnare un ruolo determinante alle parti sociali. Prima ancora di chiedersi se le parti sociali vorranno o sapranno accordarsi, si deve affrontare il problema dell’ambiente ostile – e non solo agnostico – creato dalle regole che presidiano la *Governance* societaria.

Occorre una fonte espressa di pari livello, dato che non è “pensabile che la contrattazione collettiva, in qualità di fonte sotto-ordinata alla legge, possa derogar(vi)”<sup>97</sup>. Ma non pare si profili all’orizzonte: la delega della riforma Monti-Fornero è da tempo scaduta e nessuna menzione si rinviene nella c.d. ‘delega lavoro’, di supposta semplificazione, che si occupa del diritto del lavoro inteso nei suoi profili individuali (l. 10 dicembre 2014 n. 183).

## 12. Considerazioni conclusive

Nell’ambito del diritto commerciale, alle possibili ricadute sul tema della partecipazione dei lavoratori alla gestione dell’impresa sono state dedicate poche, marginali e talvolta apodittiche considerazioni, di solito introduttive. Questo disinteresse rispecchia la mancanza di indicazioni in tal senso nell’impianto voluto dal legislatore della riforma societaria e l’apatia crescente nei confronti del sistema dualistico, adottato ormai solo da un pugno di imprese.

Le critiche a questo assetto da parte dei giuslavoristi che si sono occupati del tema stanno diventando sempre più fondate<sup>98</sup>. Come risulta dall’analisi

<sup>96</sup> Rileva peraltro BIASI, *op. cit.*, che “tale ‘novità’ è passata piuttosto sotto silenzio” (p. 207). Si veda inoltre, ZOLI, *op. cit.*, p. 568 ss.

<sup>97</sup> Così ALAIMO, *L’eterno ritorno della partecipazione*, cit., che segnala come ostacolo posto a livello legislativo quello “della competenza esclusiva dell’assemblea alla nomina alle cariche sociali” (p. 33).

<sup>98</sup> Oltre alla dottrina già finora citata, BALANDI, *Governance e diritto del lavoro*, in *Governance e diritto*, *Quaderni della RTDPC*, 2011, n. 14, p. 130.

che precede, aver rinunciato a inserire il profilo partecipativo nel nuovo assetto societario ha finito per rendere incomprensibile e privo di sistematicità il quadro normativo. D'altro canto, la ripresa di attenzione e le proposte volte ad affermare modalità di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese devono fare i conti con questo assetto e provare a modificarlo, o percorrendo la strada dell'interpretazione conforme o con un vero e proprio intervento di riassetto della disciplina.

Solo così si può contribuire ad una evoluzione secondo un modello socialmente sostenibile e contrastare quella che sta diventando una tendenza crescente alla emarginazione del ruolo della rappresentanza collettiva di interessi, tranne nella gestione delle crisi occupazionali, e altresì la sottovalutazione dell'importanza della presenza, negli organismi societari, dei lavoratori in quanto "portatori di interessi qualificati", per arrivare a "decisioni condivise e partecipate, perché rispecchiano la pluralità di interessi in gioco, tra cui quello dei lavoratori è certamente uno dei più rilevanti"<sup>99</sup>.

Queste esigenze si saldano con quelle, sempre più sentite, di promuovere strumenti e modalità che consentano di superare la crisi del sistema produttivo e dell'occupazione, valorizzando lo stesso "interesse dei lavoratori alla sostenibilità di lungo periodo delle imprese"<sup>100</sup>, che si traduce, specularmente, nelle società quotate, nell'incoraggiare l'impegno a lungo termine degli azionisti<sup>101</sup>. Questo comporta basarsi su un "assetto regolamentare volto ad incentivare e disciplinare (e quindi differenziare) tutto il campo del *long-term investment finance* per promuovere un sistema finanziario solido e resiliente"<sup>102</sup>

Il problema fondamentale che rende così poco attrattivo il sistema dualistico è la mancanza di un'anima. In un contesto che rifiuta la partecipazione, risulta difficile trovarne legittimazione giuspolitica. Come abbiamo avuto modo di verificare, non è certo il vincolo della partecipazione dei lavoratori a rappresentare il principale ostacolo alla sua diffusione<sup>103</sup>, semmai

<sup>99</sup> Si rinvia a GUARRIELLO, *I diritti di informazione*, cit., p. 777.

<sup>100</sup> Così VELLA, *op. cit.*, p. 1126.

<sup>101</sup> Da ultimo la Proposta di Direttiva, *che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda taluni elementi della relazione sul governo societario*, 2014/0121 (COD). La Relazione illustrativa inserisce questa proposta all'interno del *Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario – una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili*, COM (2012) 740 fin., con il duplice obiettivo di migliorare la trasparenza e favorire l'impegno degli azionisti.

<sup>102</sup> Ancora VELLA, *op. cit.*, p. 1139.

<sup>103</sup> Ricorda CATERO, *Figlia di un dio minore*, cit., contestandolo in più punti lo studio

il contrario: è la sua assenza a renderlo inutilmente complicato, se non addirittura, come sostengono alcuni, utile solo a moltiplicare ‘poltrone’ o, meglio, posti remunerati.

Tornando alle riflessioni iniziali, l’analisi svolta sul versante della normativa societaria conferma la necessità di intervento, che, per quanto riguarda il sistema dualistico, rimuova gli ostacoli alla partecipazione nel consiglio di sorveglianza e si estenda a competenze e funzioni, evitando che questo organismo si limiti ad avallare decisioni prese anziché contribuire alla loro elaborazione.

Occorre allora muoversi all’interno del quadro delle regole esistenti per modificarle<sup>104</sup> oppure raggiungere il consenso sufficiente per una diversa interpretazione, conforme al quadro normativo dell’Unione europea. Non basta farvi riferimento e proporre per via contrattuale l’inserimento di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori. Non sembri una forzatura banalizzante, ma la partecipazione richiede condivisione. Ora quello che è mancata finora è anche la condivisione del quadro legale da parte degli interpreti, attori di un sistema che – reciprocamente – non ha aperto canali di collegamento e di riflessione tra diritto societario e diritto sindacale<sup>105</sup>.

La ripresa di attenzione al tema del coinvolgimento dei lavoratori, di cui abbiamo parlato in apertura di queste note, è particolarmente importante se si considera quanto possa essere fondamentale per affrontare le crisi e le trasformazioni produttive dell’economia mondiale<sup>106</sup>, ma necessita di un impegno a realizzare “un reale mutamento di rotta”, il che “implica un diverso modo di procedere, unitario e coerente nel definire nuovi assetti normativi, in sintonia con gli indirizzi europei”<sup>107</sup>.

svolto da Ernst & Young per la Commissione UE nel 2009, *Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)*, in occasione dell’avvio del processo di valutazione della normativa sulla SE, in cui si sostiene che è proprio il vincolo della partecipazione dei lavoratori l’ostacolo alla sua diffusione (p. 79).

<sup>104</sup> Cfr. ZOLI, *op. cit.*, p. 577.

<sup>105</sup> Parla di necessità di “‘riconciliare’ la partecipazione con il diritto dell’impresa”, VELLA, *op. cit.*, p. 1136. Ed è significativo il pragmatico commento di MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *RTDPC*, 2012, p. 111, secondo il quale “la disciplina dei rapporti di partecipazione ... è appannaggio del diritto del lavoro” (p. 379).

<sup>106</sup> Cfr. CARRIERI, TREU, *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, 2013.

<sup>107</sup> È l’auspicio di GUARRIELLO, *I diritti di informazione*, cit., nel prevedere le perplessità sulla delega della l. 92 del 2012, effettivamente rimasta “lettera morta” (p. 771).

## **Abstract**

La ripresa di attenzione da parte della dottrina giuslavoristica al tema del coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese trascura di verificare la normativa di diritto societario che ha introdotto anche nel nostro Paese il regime opzionale del c.d. 'sistema dualistico'. L'analisi si dipana non tanto attorno alla nozione di partecipazione, quanto piuttosto alla composizione degli organismi e alla indipendenza dei componenti, nonché alle competenze gestionali, di indirizzo e di controllo e mette in luce l'esistenza non solo di disinteresse verso le prospettive partecipative, ma di vere e proprie barriere. Il problema principale che rende così poco attrattivo il sistema dualistico è la mancanza di un'anima. In un contesto che rifiuta la partecipazione, risulta difficile trovarne legittimazione giuspolitica. Si conferma la necessità di intervenire o di raggiungere il consenso sufficiente per radicare una diversa interpretazione che porti a rendere il nostro sistema conforme al quadro normativo dell'Unione europea.

The renewed attention of labour lawyers to the topic of workers participation in company management does not take into due consideration the introduction of the two-tier optional regime by company law regulations in our legal system. In this regard, this essay does not focus on the notion of participation but rather on the composition of bodies and on the independence of their members, as well as on their competences in terms of management, supervision and control. It does not only highlight a lack of interest towards participation, but also the existence of real barriers. The main problem that makes the two-tier system so unattractive is the lack of a soul. In a context that rejects participation, a legal/political legitimacy is missing. This confirms the need to intervene or to reach sufficient consent to establish a different interpretation that can lead our system to be consistent with the legal framework of the European Union.

## **Key words**

Partecipazione, cogestione, sistema dualistico, consiglio di sorveglianza, indipendenza dei componenti, funzioni di indirizzo strategico.

Participation, participation in company decision-making bodies, two-tier system, supervisory board, independence of members, functions of strategic guidance.

