

Il modello tedesco della cogestione nell'impresa Cronaca comparatistica di un diritto societario conformato in senso lavoristico

Antonio Ianni
(Dottorando di ricerca in Diritto, mercato, persona
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract This paper describes the evolution of german model of industrial relations: the so-called 'co-determination'. In Germany, 'co-determination' (*Mitbestimmung*) has a long tradition. Beginning in the late 19th century, the system has been developed over more than 100 years. Employees' co-determination in Germany becomes visible in two different forms: employees' participation in 'works councils' and labor's participation in 'supervisory boards' on board level. This paper focuses on the participation in supervisory board (*unternehmerische Mitbestimmung*). Compared with other EU member states – especially with Italy – Germany has one of the most highly developed systems of board-level co-determination: we can assume employee participation at board level as typical element of the local system of corporate governance.

Summary 1. Note introduttive. – 2. All'origine del cammino partecipativo tedesco: l'esperienza di Weimar. – 3. Carbone e acciaio: la disciplina della *Montanmitbestimmung* del 1951. – 4. (Segue) Il dibattito sull'estensione generale della cogestione. – 5. La disciplina del *Mitbestimmungsgesetz* del 1976. – 6. C'è un giudice a Karlsruhe? La cogestione dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*. – 7. Note conclusive. Quale futuro per la cogestione tedesca?

È naturale che si considera la società per azioni come un istituto perfetto e non derogabile del capitalismo, e si subisce la suggestione che l'impresa non è altro che un oggetto del diritto di signoria di chi ha dato i capitali per la sua esistenza, si rimane al di fuori della concezione sociale, ma si rimane egualmente al di fuori della realtà odierna.

Le lotte sociali sempre più accanite intorno all'impresa, dimostrano che essa è ormai il centro della volontà e dell'interesse di tutti i suoi uomini, e non solamente dei capitalisti e datori di lavoro. Questo vivo turbinoso interesse, contrasta violentemente con l'inerzia e l'opacità, che regna da decenni all'interno della società azionaria

(L. MOSSA, *Problemi attuali della società per azioni*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, p. 11)

1 Note introduttive

Lavoro e capitale, oltre che su di un piano sociale generale, realizzano i loro rapporti all'interno dei confini particolari dell'impresa. La partecipazione dei lavoratori alle decisioni aziendali rappresenta una specifica manifestazione di tale relazione di confronto, dialettica e scontro. Si può quindi considerare, a pieno titolo ed in primo luogo, un modello di relazioni industriali.

Un modello che affonda le sue radici in un'idea ben precisa. L'idea che l'impresa, lungi dal rappresentare una *res* oggetto di proprietà esclusiva del titolare imprenditore, costituisce semmai un complesso di interessi che vanno tutti soddisfatti e composti. La partecipazione, in alcune sue varianti più incisive - c.d. "gestionale", nonché semplicemente cogestione - rappresenta una delle risposte più interessanti a tale complessità. A ben vedere, le istanze partecipative, attraverso declinazioni "forti" e gestionali, hanno trovato in Germania la loro massima implementazione; dunque a tale contesto occorre volgere lo sguardo¹.

Con il termine cogestione si è soliti indicare due realtà partecipative tedesche, tra loro tanto strutturalmente differenti quanto intimamente connesse: la c.d. "cogestione a livello di singole unità produttive" (*betriebliche Mitbestimmung*) e la c.d. "cogestione a livello di impresa" (*unternehmerische Mitbestimmung*).

Nonostante i due *topoi* partecipativi siano indissolubilmente intrecciati, la trattazione sarà riservata al solo modello cogestorio-societario: presenza dei rappresentanti dei lavoratori all'interno degli organi sociali delle società di capitali².

Si tratta di ricostruire le tappe di un percorso travagliato, al culmine del quale si è prodotto un modello legale che presenta connotati del tutto

1 A dispetto di quanto accaduto in Italia, l'esperienza giuridica tedesca produsse, già nei primissimi anni del secolo scorso, una diversa e nuova teoria nella quale, con convinzione, si ragionò dell'impresa come di una composizione complessa di interessi. Cfr. sul punto le mirabili pagine di P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, 2, Milano, 1999, p. 999 ss.

2 La cogestione a livello di singola unità produttiva si dispiega, in ogni unità (*Betrieb*) che impieghi almeno cinque dipendenti, per il tramite di un 'consiglio d'azienda' (*Betriebsrat*) chiamato a rappresentare e tutelare gli interessi dei dipendenti attraverso un'ampia gamma di diritti e prerogative. La normativa di riferimento, ad oggi, è veicolata dal *Betriebsverfassungsgesetz* del 1972 così come di recente novellato. Per una trattazione approfondita ed efficace cfr. W. DÄUBLER, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung*, Frankfurt am Main, 1976; trad. it. (a cura di M. PEDRAZZOLI) *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, 1981, Milano, partic. pp. 297-428; nonché G. NICOLINI, *Il nuovo ordinamento introaziendale del lavoro nella Repubblica Federale Tedesca*, Padova, 1973. Per una panoramica sulle riforme più recenti cfr. W. DÄUBLER, *La riforma della legge tedesca sull'ordinamento aziendale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 4, p. 621 ss.

peculiari per l'odierno contesto di *corporate governance*³. Si realizza una vera e propria rifondazione della concezione tradizionale di organizzazione imprenditoriale, e di conseguenza del paradigma capitalista. Non è più la sola componente azionaria a conformare lo schermo giuridico – la società di capitali – prescelto per muoversi all'interno dei rapporti e traffici giuridico-economici. Anche il lavoro è chiamato ad imporre i suoi voleri⁴.

2 All'origine del cammino partecipativo tedesco: l'esperienza di Weimar

«Operai! Poiché siete i miei sottoposti vi dirò soltanto che d'ora innanzi qui si lavorerà sodo. Voglio dare un nuovo impulso all'azienda [...] ora ho preso io il timone. Quelli che vogliono aiutarmi sono i benvenuti, ma quelli che mi contrastano nel mio lavoro li schiaccerò. Qui uno solo è il padrone, e quell'uno sono io. Devo render conto solo a Dio e alla mia coscienza [...] Be', adesso tornate a lavoro e riflettete su quanto vi ho detto⁵»

[H. MANN, *Il suddito*, Torino, 1955, p. 118-119]

Dopo la conclusione del primo conflitto mondiale, nei giorni in cui si delinearono le tappe per la costruzione della nuova Germania, le dirigenze

3 Le riflessioni di seguito proposte, contingentate da esigenze di spazio, muovono a partire dall'esperienza weimariana in avanti. Ad onor del vero, sempre con riferimento al contesto tedesco, le istanze di coinvolgimento dei lavoratori, seppur in forma embrionale, maturarono già a partire dagli anni trenta del XIX secolo, in primo luogo grazie alle riflessioni avanzate da autori collocabili all'interno della c.d. "dottrina sociale" della Chiesa Cattolica. In un secondo momento la questione partecipativa rappresentò una preziosa risorsa per il neonato Impero tedesco e, soprattutto, per il suo cancelliere Otto Von Bismarck: entrambi alle prese con il crescente successo del movimento operaio che sembrava ormai una realtà sempre più "preoccupante". Bisognava somministrare loro un qualche anestetico; queste le ragioni delle prime positivizzazioni *para-partecipative* – tutt'altro che liberatorie – e dell'intera legislazione sociale prodotta sul finire dell'Ottocento. Sulle esperienze cogestionali pre-Weimar cfr.: F. BRASCHI, *Il modello della codeterminazione nel sistema tedesco*, in AA. Vv., *Modelli ed esperienze a confronto sulla partecipazione nell'impresa: una prospettiva per le relazioni industriali*, 2000, Roma, p. 112 ss.; nonché C. DE BONI, *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento, Parte Prima*, Firenze, 2009, p. 5 ss.

4 Del resto, la possibilità che il fattore lavoro possa incidere sulla struttura organizzativa, sembrerebbe tema di dibattito all'interno delle discipline sociali tradizionalmente alle prese con il mondo lavoristico-imprenditoriale. Sul punto cfr. S. BORELLI, *Tecniche di regolazione delle organizzazioni complesse e disciplina lavoristica*, in *Lav. dir.*, 2014, pp. 23-36.

5 Sono queste le parole del giovane industriale Diederich Hessling, personaggio principale del romanzo *'Der Untertan'* di H. MANN. L'opera, pubblicata nel 1918, è utile testimonianza della difficile situazione operaia dalla quale nacquero le istanze partecipative descritte nel paragrafo. Il medesimo contesto ispirò, qualche anno dopo (1927), la *'Metropolis'* del regista Fritz Lang.

sindacali e imprenditoriali strinsero un patto sociale (15 novembre 1918⁶) con il quale impostare le relazioni industriali da lì in avanti. «La ricostruzione dell'economia nazionale esige la concentrazione di tutte le forze economiche e morali come pure la fiduciosa collaborazione di tutti...⁷», muovendo da tali premesse, questi i punti di accordo che si raggiunsero. Ogni organizzazione avrebbe riconosciuto/legittimato la controparte; ogni restrizione alla libertà sindacale (compreso il sostegno da parte imprenditoriale ai c.d. "sindacati gialli") sarebbe stata bandita. La durata lavorativa non avrebbe superato le otto ore giornaliere (questione da tempo sul tavolo). Le condizioni salariali e di lavoro saranno concordate per mezzo della contrattazione collettiva; in ogni realtà con almeno 50 dipendenti si sarebbe istituito un apposito organismo rappresentativo dei lavoratori col fine di controllare il rispetto dei termini del contratto collettivo⁸. Con il documento del 1918 le relazioni industriali tedesche dimostrarono un dato inconfutabile: quale fosse stato il contesto di cornice (monarchia o repubblica, pace o conflitto) non si sarebbe più abbandonata la strada cogestoria; anche se per il momento era relegata al solo livello di unità produttiva.

In breve tempo, seppur in un clima di piena tensione⁹, si aprirono i lavori (4 marzo 1919) della Commissione costituzionale che avrebbe dovuto scrivere la matrice della neonata Repubblica. Il consesso, eletto nelle elezioni del 19 gennaio¹⁰, si riunì nella piccola cittadina di Weimar. Durante i lavori si decise di organizzare la discussione secondo argomenti distinti¹¹. Relatore per la commissione economica fu il giuslavorista Hugo Sinzheimer¹².

6 Patto c.d. "Legien-Stinnes", dal nome dei dirigenti delle due parti coinvolte: Hugo Stinnes per la parte datoriale e Carl Legien per la parte lavoratrice.

7 Si riporta il testo così come riprodotto in F. BRASCHI, *op. cit.*, p. 121. Una versione integrale è consultabile in E. FRAENKEL, O. KAHN-FREUND, K. KORSCH, F. NEUMANN, H. SINZHEIMER, *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, G. ARRIGO, G. VARDARO (a cura di), Roma, 1985, p. 302 s.

8 Il giurista F. NEUMANN esprime sull'accordo un giudizio pienamente positivo. Ne parla come di un «documento autenticamente pluralista», così in *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, 2007, p. 17.

9 Nel gennaio del 1919 a Berlino si registrarono duri scontri tra le forze governative (militari) e gli oppositori comunisti. La repressione fu violentissima, tanto da portare alla morte, per mano dei c.d. "corpi volontari" (*Freikorps*), di Karl Liebknecht e Rosa Luxemburg.

10 La SPD raccolse la maggioranza relativa con un consenso del 37,9 %.

11 Cfr. G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma, 1999.

12 Il testo della relazione del costituente Sinzheimer è riprodotto in E. FRAENKEL *et alii*, *op. cit.*, p. 45 ss. Hugo Sinzheimer (1875-1945) fu avvocato, professore di diritto del lavoro e politico della SPD (membro del *Reichstag* e dell'assemblea nazionale). Fondò la scuola di diritto del lavoro di Francoforte. Nel 1933 fu rinchiuso in un campo di concentramento

Sinzheimer ricollega ogni sua proposta ad una premessa essenziale: il riconoscimento dei diritti implica il godimento delle condizioni materiali che ne rendano effettivo l'esercizio; titolarità e godimento reclamano una tutela dello Stato, ma anche nei confronti di altri poteri sociali¹³. Si rende dunque necessario un processo di autodeterminazione delle forze sociali dal quale si sarebbero sviluppate relazioni industriali conflittuali. Tali rapporti di confronto e conflitto produrranno da ultimo accordi sulle condizioni di lavoro da cristallizzare in appositi contratti collettivi¹⁴; per garantire e completare il sistema vanno istituiti 'consigli operai' e 'consigli economici'. I consigli operai avrebbero controllato il rispetto di termini e clausole del contratto collettivo. A quelli economici, organismi nazionali composti da rappresentanti datoriali e dei lavoratori, andava invece attribuito «anzitutto il diritto di essere sentiti prima della presentazione di tutti i progetti di legge nel campo economico e sociale; riconoscendo loro, in secondo luogo, il diritto di iniziativa legislativa, con tutte le conseguenze che ne derivano¹⁵». Il consiglio generale - chiarisce il giurista - non sarebbe dovuto essere una sorta di terza camera del Parlamento: «Se i portatori di interessi economici avessero dovuto trovare in una speciale camera un'istanza decisionale equiparata al parlamento politico, l'intera politica sarebbe stata subordinata all'economia. Ne sarebbe conseguita una materializzazione della politica, della stessa formazione delle decisioni politiche¹⁶». Per quanto attiene il coordinamento tra i due consigli, per non scalfire il ruolo emancipatorio degli organi centrali, occorre limitare il potere di quelli d'azienda: «Le questioni economiche di natura generale devono essere decise dagli organi superiori dell'economia. I consigli d'azienda non possono anteporre, ma devono anzi posporre, le loro decisioni a quelle degli organi centrali dell'economia¹⁷». Al contempo, il consiglio d'azienda va visto come un luogo nel quale poter acquisire e raffinare quelle «competenze e capacità che sono necessarie per poter collaborare fruttuosamente nelle sedi centrali di governo dell'economia¹⁸».

Il modello sinzheimeriano alla fine comparirà come art. 165 della Costi-

dal quale fu liberato nel 1945 (poco prima della sua morte avvenuta quello stesso anno). Il prezioso apporto scientifico di H. Sinzheimer è ricostruito da L. NOGLER: *In ricordo di Hugo Sinzheimer (1875-1945): appunti sul Methodenstreit nel diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 565-588; *La scienza giuslavoristica italiana tra il 1901 e il 1960 e Hugo Sinzheimer*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 539-556.

13 Cfr. G. GOZZI, *op. cit.*, p. 81.

14 *Ivi*, p. 82.

15 H. SINZHEIMER in E. FRAENKEL *et alii*, *op. cit.*, p. 47.

16 *Ivi*, p. 46.

17 H. SINZHEIMER in E. FRAENKEL *et alii*, *op. cit.*, p. 49.

18 *Ivi*, p. 50.

tuzione di Weimar (11 agosto del 1919)¹⁹, disposto di cui si riportano solo gli spartiti iniziali e principali: «Gli operai ed impiegati debbono collaborare con gli imprenditori per la determinazione delle condizioni di impiego e di lavoro e per lo sviluppo economico complessivo delle energie produttive. Le organizzazioni delle due categorie ed i contratti da esse stipulati sono giuridicamente riconosciuti.

Gli operai ed impiegati, per la tutela dei loro interessi sociali ed economici, dispongono di una rappresentanza legale nei consigli operai di azienda e nei consigli operai di distretto, formati secondo la ripartizione delle regioni economiche, nonché nel consiglio operaio del Reich».

L'ampio progetto weimariano, a livello di legislazione ordinaria, fu attuato solo parzialmente. Per quanto attiene il coinvolgimento dei lavoratori, la disposizione costituzionale trovò concretizzazione, dopo un travagliato iter legislativo, nella legge sui consigli d'azienda del 4 Febbraio 1920 (*Betriebsrätegesetz*, BRG)²⁰. La proposta originaria (agosto 1919) prevedeva, per il tramite dei loro rappresentanti, pesanti ingerenze operaie sulla gestione aziendale: possibilità di intervento nelle decisioni in merito ad assunzioni e licenziamenti; o ancora, ad esempio, accesso completo ai bilanci e libri contabili. Ma soprattutto – novità di rilievo – era prevista la presenza di rappresentanti negli organi amministrativi. La bozza non fu ben accolta nel mondo imprenditoriale, né tantomeno dalle anime più reazionarie del Partito democratico tedesco (*Deutsche Demokratische Partei*, DDP)²¹. La pressione del DDP, nel frattempo rientrato al governo, condusse verso un progetto più morbido: ad esempio, la (pericolosa!) cogestione negli organi amministrativi fu stralciata dal provvedimento. Nonostante alcuni malumori, in ambito socialdemocratico, alla fine, fu convenuto di aderire al testo normativo.

Bisognerà attendere la fine del secondo conflitto mondiale perché la cogestione societaria possa riapparire sulla scena delle relazioni industriali.

19 L'intero documento costituzionale è consultabile in <http://www.dircost.unito.it>.

20 Si riporta il testo così come riprodotto in E. FRAENKEL *et alii*, *op. cit.*, p. 308-310. La cronistoria dell'iter legislativo è sintetizzata da H. WINKLER, *La repubblica di Weimar. 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca*, Roma, 1998.

21 Il DDP fu una formazione democratica-liberale fondata il 20 novembre del 1918. Un esponente governativo del DDP etichettò il progetto come «bolscevismo organizzato». Così si legge in H. WINKLER, *op. cit.*, p. 120.

3 Carbone e acciaio: la disciplina della *Montanmitbestimmung* del 1951

L'odierno sistema tedesco di coinvolgimento dei lavoratori nella gestione imprenditoriale-societaria, tradizionalmente sintetizzato e tradotto con l'espressione italiana cogestione²², si compone di tre modelli, dalla differente fisionomia partecipativa, frutto di altrettanti interventi legislativi, tuttora – seppur con alcune modifiche ed integrazioni – contemporaneamente in vigore: a) legge sulla cogestione dei lavoratori nei consigli di sorveglianza e nei consigli di direzione delle imprese dell'industria mineraria e della produzione del ferro e dell'acciaio del 21 maggio del 1951 (*Montanmitbestimmungsgesetz*, *MontanMitbestG*); legge sull'ordinamento aziendale dell'11 ottobre 1952 (*Betriebsverfassungsgesetz*, *BVG*) in alcuni suoi articoli; c) legge sulla cogestione dei lavoratori del 4 maggio 1976 (*Mitbestimmungsgesetz*, *MitbestG*).

Le riflessioni che seguono saranno dedicate al primo dei tre interventi; principiando con la descrizione del contesto nel quale la legge fu confezionata²³.

La Germania, all'indomani della sconfitta bellica, si trovò nella necessità di ricostruire e rifondare ordine politico ed economico. Il Paese, come è noto, affrontò un momento così vitale sotto l'occupazione delle quattro Potenze alleate. La condizione di paese protetto non mancò di incidere su ogni matrice (costituzionale, istituzionale, economico-sociale) dalla quale sarebbe maturata la nuova Germania²⁴.

La componente alleata, con una forte dose di machiavellico cinismo, imbastì un ampio programma di decartellizzazione. Si trattava di soffocare ogni possibile rinascita di una eventuale fenice tedesca: così facendo, si

22 Il vocabolo cogestione viene convenzionalmente utilizzato – anche nel seguente elaborato – per tradurre l'espressione *Mitbestimmung*. Sarebbe del tutto sterile compiere una rassegna citazionista degli autori che nei loro scritti si sono avvalsi della formula: non vi è studioso che si sia sottratto alla consuetudine linguistica. L'equazione tra *Mitbestimmung* e cogestione è confermata dai dizionari specialistici. Tra quelli di recente pubblicazione cfr. P. TAINO, *il Tedesco dell'Economia*, Bologna, 2009.

23 Pescando tra le opere più recenti (in lingua tedesca), il contesto è ben descritto da L. KIßLER, R. GREIFENSTEIN, K. SCHNEIDER, *Die Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland: Eine Einführung*, Wiesbaden, 2011, p. 45 ss.

24 Si pensi al *placet* alleato sulla Costituzione della neonata democrazia tedesca. Ogni istanza che potesse definirsi sociale venne soffocata dal "modello neoliberale" (costituzionalismo classico, minimo) imposto dalle forze straniere. Sul punto cfr. A. SOMMA, *La Germania e l'economia sociale di mercato*, N1/2014 *Quaderni di Biblioteca della libertà*, p. 57 ss.; lo scritto è liberamente consultabile in <http://www.centroeinaudi.it/>. La 'Legge Fondamentale' (*Grundgesetz*, GG), del tutto digiuna da impegni sociali, mantenne un assoluto silenzio anche in materia cogestoria. DÄUBLER parla a tal proposito di un vero e proprio "agnosticismo" del *Grundgesetz*: *op. cit.*, p. 93-95.

sarebbero evitati eventuali rigurgiti nazionalisti²⁵. L'attività di decartellizzazione produsse 24 nuove società appartenenti ai grandi gruppi del carbo-siderurgico²⁶. L'industria si trovò dunque a dover digerire incisivi provvedimenti di scissione corredati, peraltro, da una forma cogestoria del tutto paritaria²⁷: metà dei posti dei neonati consigli di sorveglianza furono riservati ai rappresentanti sindacali dei lavoratori. A dispetto di quanto accaduto in passato, il coinvolgimento dei lavoratori - promosso dagli stessi alleati, britannici in testa - non solo non trovò l'ostilità della parte datoriale, ma venne quasi invocato dalla stessa²⁸.

Infatti, in un clima di generale incertezza - dalle forze alleate venne agitato financo lo spauracchio della nazionalizzazione - i capitani d'industria si decisero a giocare d'astuzia mettendo in pratica la regola logico-matematica del *minimax*: in sostanza, piuttosto che perseguire vincite velleitarie e rischiose, meglio "giocare" cercando di minimizzare le perdite. Si accolsero quindi le rivendicazioni gestionali dei sindacati, nella speranza che un fronte così coeso - sindacati e datori - non sarebbe stato scardinato dagli alleati. Al contempo, la scelta cogestoria avrebbe potuto saziare eventuali appetiti espropriativi dei sindacati; superata la tempesta, la pervasiva attività di *lobbying* avrebbe ricondotto la situazione al suo ordine "naturale": sindacati fuori dalle stanze dei bottoni! Si dimostrò strategia oculata e vincente?

All'indomani della fondazione della Repubblica Federale, il governo centrista di Adenauer, insediatosi dopo la prima tornata elettorale, decise di portare all'incasso la scommessa degli industriali. Fu quindi proposta: a) l'abrogazione del regime transitorio; b) l'accantonamento di qualsiasi progetto di estensione della disciplina ad ogni altra grande impresa. Di fronte ad una simile presa di posizione, ai sindacati non rimase che minacciare lo sciopero generale; venne indetto un referendum tra i lavoratori del Reno e della *Rhur* per saggiarne la volontà: il 92,8 % rispose che avrebbero aderito allo sciopero così da difendere i propri diritti coge-

25 Si pensò ad una limitazione della produzione industriale: non più del 60 % del volume raggiunto nel 1936. Le restrizioni produttive furono condite con ingenti riparazioni di guerra. Le possibilità tedesche di risollevarsi sembrarono del tutto compromesse. In realtà, le cose poi andarono diversamente: ragioni di *realpolitik* (guerra fredda) e di congiuntura favorevole condussero la Germania Occidentale lungo un cammino di crescita. In particolare, gli Stati Uniti mutarono presto i loro propositi: il blocco sovietico si faceva minaccioso!

26 Il dato è riportato da W. DÄUBLER (*op. cit.*, p. 432) e M. J. BONELL, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa*, Milano, 1983, p. 238 n. 139. Le scorporazioni, esaurite le primissime esperienze citate, terminarono con il *niet* degli Usa.

27 Industria carbo-siderurgica che comprendeva, tra gli altri, i possenti cartelli dei vari Krupp, Thyssen, e il già ricordato Stinnes.

28 Per la compagine alleata, la cogestione paritaria rappresentò lo strumento ideale per evitare ogni ostilità dei lavoratori nei confronti della campagna di frantumazione dell'industria tedesca.

stori²⁹. A quel punto Adenauer, da un lato, timoroso di dover inaugurare la vita repubblicana con una violenta sommossa, e, dall'altro, spinto da ragioni di politica estera³⁰, ripiegò verso più miti consigli. Si arrivò quindi alle trattative (governo, opposizioni, sindacati e associazioni datoriali) per l'approvazione di un provvedimento che blindasse la cogestione per il settore carbo-siderurgico; cosa che in effetti accade con la MontanMitbestG del 21 maggio 1951³¹.

Il legislatore scelse di innestare la partecipazione dei lavoratori all'interno dell'ordinaria disciplina di diritto societario. La legge trova difatti applicazione in tutte le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata (§ 1)³². Si deve trattare - come già accennato - di enti societari utilizzati per attività (oggetto sociale) di impresa mineraria e di produzione di ferro e acciaio: in sintesi il c.d. "carbo-siderurgico"³³. Il meccanismo di partecipazione diviene cogente solo laddove si impieghino più di mille dipendenti.

Il coinvolgimento "robusto" dei lavoratori avviene a livello di organi sociali: consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*) e consiglio di direzione (*Vorstand*)³⁴.

L'idea cogestoria va a scaricarsi in primo luogo sul consiglio di sorveglianza. Laddove trovi applicazione la MontanMitbestG, l'organo dovrà così comporsi (§ 4): undici componenti, di cui cinque per la componente azionaria e cinque riservati ai rappresentanti dei lavoratori; occorre poi aggiungere un ulteriore componente (il c.d. "undicesimo uomo") da scegliere di comune accordo dalle due parti³⁵. In sostanza, si perviene ad un

29 La percentuale referendaria è attinta da W. DÄUBLER, *op. cit.*, p. 433. I valori sono confermati da M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 239.

30 L'adesione alla CECA richiedeva un fronte nazionale coeso e pacificato. Il Trattato fu firmato un mese prima (18 aprile) dell'approvazione della MontanMitbestG. Evidentemente, Parigi - sede di firma del trattato - val bene una cogestione.

31 Il contesto carbo-siderurgico ha da sempre ricoperto un ruolo centrale per il sistema economico tedesco: «*The German Empire has been built more truly on coal and iron than on blood and iron*», così J. M. KEYNES, in *The Economic Consequences of the Peace*, 2012, Los Angeles, p. 34.

32 La normativa è cogente anche per eventuali consorzi minerari con personalità giuridica.

33 Produzione di ferro e acciaio, ma non anche trasformazione dei due materiali.

34 Sulla struttura ed il funzionamento di tale modello cfr. la sintesi - anche grafica - rinvenibile in L. KISLER *et alii*, *op. cit.*, p. 73.

35 L'eventuale revoca di un "membro lavorativo" sarà disciplinata dall'ordinario diritto societario. Con una sola variante: la rimozione può essere decisa dall'assemblea solo dietro istanza degli organismi (consigli interni o sindacati) che avevano proposto la nomina. Per l'undicesimo uomo è invece richiesta la delibazione dell'autorità giudiziaria chiamata a

rapporto dialettico del tutto paritario³⁶. Una volta formatosi, il consiglio di sorveglianza provvede alla nomina del consiglio di direzione³⁷ al cui interno un membro spetta comunque alla componente lavoratrice: è il “direttore del lavoro” (*Arbeitsdirektor*), figura creata dalla stessa legge (§ 13).

Viene da sé che le possibilità di incidenza gestionale da parte dei lavoratori sono strettamente connesse agli ampi diritti, facoltà, poteri che il diritto societario attribuisce al consiglio di sorveglianza³⁸.

All’indomani dell’approvazione della legge furono congegnati e messi in pratica una serie consistente di abusi. Era difatti pratica comune quella di dar luogo a fusioni del tutto strumentali con imprese estranee al carbosiderurgico; altrettanto frequente, sempre in chiave elusiva, la creazione di *holding* dall’oggetto sociale imprecisato. Lo scopo di tali operazioni era ben definito: sottrarsi alla applicazione della legge del 1951. Per arginare il fenomeno, nel 1956 venne approvata una legge di riforma (c.d. *Holding Novell*) con la quale la partecipazione fu estesa anche a quei gruppi³⁹ al cui interno il fatturato delle società minerarie o siderurgiche era maggiore di quello delle altre. Ciononostante, la novella non fu sufficiente a fermare gli abusi. Nel 1967 il *Bundestag* emanò un provvedimento ulteriore⁴⁰: la capogruppo rimane in orbita cogestoria anche laddove le controllate (c.d. “società figlie”) dovessero scendere sotto la quota del 50%. Nel 1971 ancora un ribasso: sufficiente che le imprese siderurgiche del gruppo superassero il 40% del fatturato consolidato.

Il legislatore federale fu quindi coinvolto in una rincorsa quasi senza

verificare la presenza di una giusta causa di allontanamento. Così dispone per entrambi i casi il § 11.

36 In ragione della parità assoluta di potere, lo schema mostra tratti partecipativi forti (fortissimi): la possibilità di incidere sulle scelte imprenditoriali raggiunge il suo massimo grado di estensione. Per una attenta classificazione dei diversi modelli partecipativi: cfr. M. D’ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, II diritto del lavoro*, in *Enc. giur.*, 1990, p. 1 ss.; G. BAGLIONI, *Democrazia impossibile? Il cammino e i problemi della partecipazione nell’impresa*, Bologna, 1995, partic. p. 323 ss.

37 Nomina che nel sistema tradizionale italiano – unico conosciuto dal nostro ordinamento fino al 2003 – compete invece all’assemblea dei soci: v. meglio *infra*, par. 5.

38 Per una approfondita disamina delle prerogative dell’*Aufsichtsrat* si rimanda alla trattazione del modello cogestorio generale: v. *infra*, par. 4 e 5. In ogni caso, per una sintesi efficace dei tratti principali del diritto societario commerciale tedesco cfr. M. CASSOTTANA, A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2005, p. 125-130.

39 Con la *Holding Novell* la presenza dei lavoratori viene imposta anche nel consiglio di sorveglianza delle società controllanti: così facendo rimangono intonse le capacità di incidenza sulle politiche imprenditoriali.

40 La legge del 1967 viene convenzionalmente abbreviata e titolata con la formula *Lex Rheinstahl*. L’*alias* legislativo tradisce la genesi del documento normativo. Il gruppo *Rheinstahl* (acciaierie del Reno), a causa di alcune oculate acquisizioni, scese al di sotto della soglia minima; da qui la decisione di intervenire.

fine⁴¹. Il tutto a plastica dimostrazione di una volontà imprenditoriale - mai sopita! - di fuga dalla via cogestoria⁴².

4 (Segue) Il dibattito sull'estensione generale della cogestione

L'impegno sindacale a favore della via cogestoria si mantenne costante anche all'indomani delle prime esperienze legislative repubblicane (MontanMitbestG e BVG).

Il DGB (Confederazione dei Sindacati Tedeschi) nel Programma di Düsseldorf del 1963⁴³ annunciò un'azione pressante per l'estensione generale della cogestione: «in tal modo si vogliono trasformare l'economia e la società nel senso che tutti i cittadini possano partecipare, a parità di diritti, alla formazione della volontà sia in materia economica che politica⁴⁴». Nel 1968 il DGB, portando a sintesi le diverse anime interne, presentò, coerentemente con la sua linea congressuale, un progetto di legge che avrebbe dovuto allargare la disciplina della MontanMitbestG a tutte le imprese, quale che fosse l'oggetto sociale, che presentassero due delle tre seguenti caratteristiche: a) 2000 dipendenti; b) un bilancio totale di almeno 75 milioni di marchi; c) un fatturato annuo di 150 milioni di marchi⁴⁵. Pertanto, si decise di concentrarsi sui soli agglomerati aziendali dalle grandi dimensioni. Nei contesti più ampi l'esigenza di riduzione dell'asimmetria tra le due componenti - lavoro e capitale - fu quindi avvertita come preminente; si pensi alle possibili ricadute sistemiche, occupazionali *in primis*.

Un merito che si deve senz'altro appuntare al petto delle forze sindacali è di aver mantenuto l'attenzione collettiva sulle questioni della parteci-

41 Nel 1981 dapprima, e nel 1988 poi, il parlamento tedesco, ormai assorbito da una sorta di accanimento terapeutico, assunse due provvedimenti dalle maglie ancora più stringenti; per tutti, cfr. L. KISLER *et alii*, *op. cit.*, p. 74.

42 Nel 2011, secondo i dati della Fondazione Hans-Böckler, sono 31 le società ancora assoggettate alla MontanMitbestG: un terzo rispetto al 1951 (105 società). La tabella statistica è consultabile al link [<http://www.boeckler.de>]. Hans Böckler (1875-1951) fu, oltre che parlamentare, anche sindacalista. Primo presidente del DGB (1949), dopo la seconda guerra mondiale, lavorò con forza perché l'idea partecipativa, nelle sue manifestazioni più consistenti, potesse definitivamente attecchire. Al suo estenuante impegno si deve il raggiungimento della "vittoria" cogestoria del 1951. Purtroppo non fece in tempo ad assistere alla nascita della sua creatura: morì pochi mesi prima dell'approvazione ufficiale del provvedimento.

43 Il momento congressuale viene comunemente (e significativamente) indicato con l'espressione "Bad Godesberg della DGB": dal 1963 anche l'organizzazione sindacale - qualche anno dopo di quella partitica (SPD, congresso del 1959) - "digerì" il sistema economico capitalista.

44 Si riporta il testo così come riprodotto in W. DÄUBLER, *op. cit.*, p. 445 s.

45 D'ora innanzi, la trattazione è particolarmente debitrice del lavoro di T. RAISER, R. VEIL, *Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz*, Berlin, 2009, partic. p. 18 ss.

pazione. Diversamente la legislazione degli anni Cinquanta si sarebbe risolta in una meteora passeggera. La prima conseguenza della proposta sindacale fu infatti l'accensione di un vivace e vasto dibattito pubblico; ogni forza politica e sindacale avanzò una propria piattaforma cogestoria⁴⁶.

Un primo insieme di progetti vorrebbe imporre all'interno del consiglio di sorveglianza una piena parità tra rappresentanti dei lavoratori e degli azionisti. A questo primo novero si può certamente ascrivere la bozza del DGB⁴⁷. In una direzione simile si pone la mozione esposta al *Bundestag* (1968) dalla SPD.

Diversa la teoria cogestoria espressa da un secondo gruppo di proposte: si pensò ad una terza componente da affiancare a quella di capitale e lavoro⁴⁸.

La fazione ulteriore avrebbe dovuto rappresentare un generico "interesse pubblico". I membri della componente "terza" sarebbero stati nominati - questa ad esempio la proposta del DAG⁴⁹ - dai consigli comunali o regionali localmente interessati; i consiglieri andavano pescati nel mondo delle scienze economiche, tecniche, ma anche parlamentare. La proposta si può definire un chiaro tentativo - nemmeno così celato - di incanalare le istanze dei lavoratori all'interno di un più ampio schema partecipativo-gestionale, così da coinvolgere ogni *stakeholder* effettivamente toccato dall'attività imprenditoriale. Altrimenti detto: dalla sindacalizzazione (*Syndikalisierung*) alla societizzazione (*Vergesellschaftung*).

Anche la componente liberale (FDP)⁵⁰ propose l'introduzione di una terza "potenza". Da parte liberale furono partoriti due diversi modelli (conosciuti come *Maihofer-Modell* e *Riemer-Modell*, dal nome dei due proponenti). In entrambi i casi si pensò ad una presenza di dirigenti all'interno del consiglio⁵¹, ma soltanto nel primo schema (*Maihofer*) i dirigenti sarebbero stati un'effettiva componente terza accanto a lavoro e capitale. Il secondo modello (*Riemer*) prevedeva invece che alla fazione dirigenziale

46 Naturalmente non mancarono proposte reazionarie favorevoli ad una restaurazione della situazione *ante-cogestione*.

47 Tra le novità di rilievo rispetto al 'modello Montan' del 1951 - del quale si chiedeva una generalizzazione - l'idea di creare organi decentrati, e dalla composizione paritetica, per la gestione di singoli rami d'azienda.

48 Cfr. G. E. COLOMBO, *Il problema della «cogestione» alla luce dell'esperienza e dei progetti germanici*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 127 s.

49 Il DAG era la federazione che riuniva i lavoratori-impiegati (Deutsche Angestellten-Gewerkschaft). Oggi il sindacato si è fuso con altri dando vita alla federazione dei Ver.di.

50 Cfr. G. E. COLOMBO, *op. cit.*, p. 128 s.

51 I sindacati - così accadde in effetti con il testo definitivo del 1976 - avrebbero preferito escludere dal novero dei dipendenti solo i dirigenti massimi (c.d. "top managers"). Sulle posizioni sindacali cfr. G. NICOLINI, *op. cit.*, p. 31-33.

sarebbero spettati due dei sei membri riservati ai lavoratori. In questa mozione i dirigenti erano dunque considerati del tutto “equipollenti” ad ogni altra maestranza.

All'interno del dibattito non mancarono coloro che negarono la possibilità di percorrere la via paritaria, e quindi di estendere la disciplina del carbo-siderurgico⁵². In questo senso si pronunciarono i cristianodemocratici. La cogestione – riassumendo le tesi della CDU – non avrebbe dovuto soffocare né le esigenze produttivistiche di ogni impresa né la loro capacità concorrenziale. Quindi cogestione sì, ma con moderazione. Nel primo progetto (1971) fu previsto un consiglio di sorveglianza con sette rappresentanti per la parte azionaria e cinque per quella lavoratrice; con un solo membro (su cinque) proposto – ma non direttamente nominato – da parte sindacale⁵³.

Il cambio di forza che nel frattempo si consolidò in Parlamento⁵⁴ condusse la CDU ad accettare, suo malgrado, la rappresentanza paritetica⁵⁵.

La panoramica va infine conclusa con il progetto governativo (coalizione SPD-FDP) approvato il 20 marzo 1974. Di seguito le disposizioni fondamentali della proposta⁵⁶.

La legge si sarebbe dovuta applicare ad ogni società di capitali (società per azioni, per accomandita per azioni, a responsabilità limitata) che impiegate almeno 2000 dipendenti. Al di sotto di questa soglia, a partire però dalle realtà con almeno 500 lavoratori, rimane cogente il BVG del 1952⁵⁷.

A mo' di chiarimento: la legge del 1952, oltre che a veicolare la partecipazione a livello di singola unità produttiva, quanto alla cogestione propriamente societaria, dispone ed implementa il meccanismo della c.d. ‘cogestione del terzo’: all'interno dell'*Aufsichtsrat* i rappresentanti dei la-

52 Cfr. G. E. COLOMBO, *op. cit.*, p. 130-132.

53 Per attutire le conseguenze di una presenza certamente minoritaria fu proposto che: a) ai lavoratori andasse riservato un posto in ogni commissione del consiglio sorveglianza; b) ogni delibera del consiglio, assunta con il voto contrario dei rappresentanti dei lavoratori, venisse giustificata con motivazione verbalizzata. In sostanza si può parlare di un “pannicello caldo”.

54 La SPD registrò un successo elettorale che la portò per lungo tempo stabilmente al governo (dal 1969 con la FDP).

55 I timori cristianodemocratici furono condivisi dalla c.d. “commissione Biedenkopf”: cfr. sul punto G. E. COLOMBO, *op. cit.*, p. 131, n. 106. La commissione, presieduta dal Prof. Biedenkopf, fu istituita dal governo di (grande coalizione) nel 1968 per saggiare la possibilità di un'estensione della legislazione cogestoria. Kurt Biedenkopf (1930), oltre che docente universitario, è stato anche un politico cristianodemocratico di primo piano: in passato ha ricoperto i ruoli di segretario generale della CDU, parlamentare e capo del governo sassone.

56 Cfr. G. E. COLOMBO, *op. cit.*, p. 133-135; nonché W. DÄUBLER, *op. cit.*, p. 455-457.

57 Pertanto, il valore di 500 dipendenti costituisce il livello minimo perché un'impresa sia interessata dalla cogestione societaria.

vorì avranno diritto ad un solo terzo dei membri⁵⁸. In ogni caso, per le sole imprese minerarie e siderurgiche, rimane cogente la MontanMitbestG.

Proseguendo lungo le linee chiave della mozione governativa: in seno al consiglio di sorveglianza si optò per una progredita e ficcante parità assoluta.

La componente lavoratrice, in ragione della presenza numerica in azienda, viene ripartita tra operai, impiegati e dirigenti⁵⁹. Tuttavia, quale che sia la composizione dei dipendenti, almeno un posto deve essere garantito ad ognuno dei tre gruppi. Si preservano quindi le ragioni dei dirigenti che, per ovvie ragioni organizzative, costituiscono sempre minoranza.

Nelle imprese di massima dimensione, tre su dieci dei rappresentanti dei lavoratori⁶⁰ sono eletti dai lavoratori tra i nomi proposti dai sindacati rappresentati nell'impresa. I restanti rappresentanti sono invece nominati dai dipendenti.

L'elezione dei rappresentanti - siano essi "sindacali" o "aziendali" - avviene per il tramite di grandi elettori, anch'essi, come per i designati finali, individuati esclusivamente tra i dipendenti: in definitiva, si tratta di un procedimento elettorale di secondo grado⁶¹. Una volta completata l'individuazione dei delegati, questi vanno a comporre una sorta di assemblea che si esprime poi in via collegiale per ogni membro da eleggere. Ciò vuol dire che - ad esempio - i posti dei dirigenti saranno assegnati da una maggioranza (operai ed impiegati) che potrebbe decidere in senso contrario rispetto alle indicazioni della minoranza dirigenziale.

Presidente del consiglio e vicario dovranno appartenere ai due blocchi (lavoratori e azionisti)⁶². Lo stesso consiglio di sorveglianza potrebbe decidere di assegnare un doppio voto al presidente; la prerogativa in questione verrà utilizzata per superare eventuali situazioni di stallo. La scelta di concedere il potere di "doppio voto" non è valida se avversata dalla maggioranza (quattro su due) di uno dei gruppi del consiglio. Si tratta dunque di facoltà condizionata che i rappresentanti dei lavoratori potrebbero negare.

58 La c.d. "cogestione del terzo", cristallizzata dalle norme del BVG (1952), rimase in vita per oltre cinquant'anni: nel 2004 si optò per una conferma del modello, limitandosi ad una operazione di restauro. Il sistema venne infatti rinnovato con la legge sulla partecipazione del terzo (*Drittelbeteiligungsgesetz*, *DrittebetG*), approvata il 18 maggio 2004, durante il secondo cancellierato Schröder; a cambiare, nei fatti, fu il solo veicolo-involucro normativo; per un commento esegetico della disciplina si rinvia a T. RAISER, R. VEIL, *op. cit.*, p. 553 ss.

59 L'inclusione dei dirigenti tra la fazione lavoratrice rivela l'evidente influenza del modello coniato dall'alleato (liberale, FDP) di governo.

60 Nelle altre, a seconda delle dimensioni, due su otto o due su sei.

61 Anche i grandi elettori devono rispecchiare il "peso specifico" di ogni gruppo (operai, impiegati, dirigenti) all'interno dell'impresa.

62 Se non dovessero essere eletti con maggioranza qualificata (due terzi dei membri) andranno ad alternarsi ogni due anni alla carica presidenziale.

In ultimo, non certo per importanza, il dato del progetto sull'elezione del consiglio di direzione: il consiglio di sorveglianza nomina i componenti dell'organo di amministrazione con maggioranza di due terzi dei suoi membri; in seconda battuta con maggioranza assoluta⁶³.

Non si stupisca il lettore per l'analiticità e macchinosità del dato tecnico-normativo. Si tratta di mettere a punto un complesso marchingegno dove ogni ingranaggio deve poter funzionare a pieno e in rapporto con gli altri⁶⁴. In materia si impone – facendosi monito – il celebre passo dantesco: «e 'l modo ancor m'offende».

5 La disciplina del *Mitbestimmungsgesetz* del 1976

Il progetto governativo non trovò consacrazione nelle aule parlamentari; in parte, altra fu la disciplina alla quale si pervenne nel 1976⁶⁵. Le proposte socialdemocratiche (sindacali e partitiche) dovettero fare i conti, in sede di trattativa, con le contropunte liberali e cristianodemocratiche⁶⁶.

Il testo definitivo, approvato il 4 maggio del 1976 (entrato in vigore il 1° luglio), si innesta, come già accaduto per la Montan, nell'ordinamento commercialistico-societario tedesco⁶⁷; in quest'ultimo la disciplina sull'organizzazione delle società per azioni (*Aktiengesellschaft/AG*)⁶⁸ è

63 In seconda battuta i candidati – da eleggere a maggioranza assoluta – vengono proposti da un'apposita commissione paritetica o, in caso di insuccesso, da presidente e vicepresidente del consiglio di sorveglianza. Nella proposta governativa manca la figura dell'*Arbeitsdirektor*, presente invece nel modello della MontanMitbestG. Ci si limita a precisare che uno dei membri dell'organo di amministrazione dovrà occuparsi di questioni sociali e del personale. Scompare dunque la carica, ma non la funzione.

64 Legislazione poi accompagnata dalle proposte e soluzioni dei formanti giurisprudenziale e dottrinale.

65 Nel paragrafo si darà conto: a) delle norme definitive divergenti rispetto al progetto governativo del 1974; b) delle disposizioni, rimaste immutate in sede di approvazione, non analizzate in precedenza. Quindi, per una fotografia completa dell'intera normativa, v. anche *supra*, par. 4.

66 Nel primo caso – liberali – si diede voce all'alleato governativo; nel secondo caso si trattò di acquisire i voti cristianodemocratici, nel frattempo diventati essenziali per l'approvazione della camera dei Länder (*Bundesrat*).

67 La legge stessa si preoccupa, per ogni questione non trattata, di rinviare all'articolato della AktG. La legge del 1976 è interamente riprodotta in *Mondo Operaio, Il potere in fabbrica: esperienze di democrazia industriale in Europa*, G. ARRIGO, M. BACCIANINI (a cura di), 1979, Roma, p. 171-200.

68 L'attenzione di analisi sarà rivolta alla società per azioni: si tratta del tipo societario preferito, specie per le imprese medio-grandi, dalla moderna economia capitalistica. Eventuali differenze con altre varietà di società di capitali verranno debitamente segnalate.

veicolata dalla legge azionaria del 1965 (*Aktiengesetz/ AktG*) così come successivamente modificata ed integrata⁶⁹.

La normativa prevede - lo si è già accennato - per la struttura della AG tre organi sociali: a) il *Vorstand* (consiglio di direzione) con funzioni amministrative; b) l'*Aufsichtsrat* (consiglio di sorveglianza) con funzioni di controllo, ma anche con alcuni poteri gestionali; c) la *Hauptversammlung* (assemblea generale)⁷⁰. Si tratta di declinazione paradigmatica del c.d. "modello dualistico" di amministrazione e controllo delle società di capitali; un modello che trova nel contesto tedesco la sua testimonianza più significativa⁷¹. L'espressione "dualistico" non si riferisce, come forse comunemente ed erroneamente si crede, alla biforcazione (sorveglianza e gestione) che si registra accanto all'assemblea, quanto piuttosto alla presenza di un *Aufsichtsrat* che possiede anch'esso poteri latamente amministrativi⁷². Di seguito il commento delle principali disposizioni che compongono il corpo normativo del *Mitbestimmungsgesetz*.

In tutte le imprese, che utilizzano lo schermo giuridico della società per azioni, accomandita per azioni e a responsabilità limitata, e che occupino più di 2000 dipendenti, quest'ultimi hanno diritto alla cogestione nei termi-

69 Nell'elaborato si farà riferimento all'attuale normativa azionaria. La versione originaria è interamente consultabile in B. LIBONATI, *La legge tedesca sulle società per azioni: Aktiengesetz vom 6 September 1965*, Milano, 1971. Per il testo consolidato e più recente si rinvia a P. AGSTER, F. BORDIGA, *Legge sulle società per azioni della Repubblica federale tedesca*, Milano, 2013.

70 La trattazione dello schema societario tedesco è supportata ed ispirata dal lavoro di T. RAISER, R. VEIL, *op. cit.*, partic. p. 153 ss.; di particolare pregio comparatistico anche lo studio di: M. RONDINELLI, *Il sistema dualistico di amministrazione e controllo nella società per azioni tedesca*, in *Percorsi di diritto societario europeo*, E. PEDERZINI (a cura di), Torino, 2011, p. 207 ss.

71 Una sintetica mappatura delle diverse esperienze dualistico-cogestorie europee è rinvenibile nel volume collettaneo R. R. KRAAKMAN, P. DAVIES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K. J. HOPT, H. KANDA, E. B. ROCK, *Diritto societario comparato. Un approccio funzionale*, Bologna, 2006, p. 77-81; nonché all'interno della sezione 'National Industrial Relations' in <http://www.worker-participation.eu/>.

72 Sul sistema dualistico - *tout court* considerato e nelle sue diverse declinazioni - scontato appare il riferimento a V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Torino, 2012. Il modello italiano - unico disponibile fino alla riforma del 2003 - prevede anch'esso una struttura ternaria (consiglio di amministrazione, collegio sindacale ed assemblea), eppure, per ciò solo, non si può etichettare come un dualistico: il collegio sindacale non ha alcun potere amministrativo. Lo schema nazionale tradizionale (e legale) è invece sussumibile al di sotto della esperienza del "monistico" (un unico organo con poteri gestionali), diffuso specie nel mondo anglosassone. Sul punto cfr. M. CASSOTTANA, A. NUZZO, *op. cit.*, p. 126-128; e poi ancora D. CORAPI, *Le società per azioni*, in *Diritto Privato Comparato*, G. ALPA, M. J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, A. ZOPPINI, Roma, 2012, p. 468 ss. Nel sistema tedesco il modello duale trovò invece accoglienza fin dal 1861 (codice di commercio all'epoca vigente). Inizialmente il consiglio di sorveglianza fu pensato come un organo di solo controllo sulla gestione. Cfr. nuovamente V. CARIELLO, *op. cit.*, p. 5.

ni e modi previsti dalla legge in questione (§ 1)⁷³. L'ambito di applicazione rimane dunque identico a quello cristallizzato nel progetto governativo⁷⁴.

Unicamente tra i dipendenti saranno individuati (*rectius* eletti) i rappresentanti del fattore lavoro (§ 7, co. 3).

Nelle imprese interessate dal provvedimento, i consigli di sorveglianza dovranno essere composti per metà da rappresentanti dei lavoratori (§ 6 e 7). Il proclama di assoluta pariteticità si dimostra però azzoppato per le ragioni che seguono. In prima battuta, è previsto che la nomina di presidente e vice-presidente del consiglio di sorveglianza debba avvenire a maggioranza interna dei due terzi (§ 27, co. 1). Se però non si dovesse raggiungere la maggioranza qualificata, si procede ad un secondo turno nel quale i rappresentanti degli azionisti (con maggioranza interna allo stesso gruppo "azionario") eleggono il presidente, mentre i rappresentanti dei lavoratori (con maggioranza interna al solo gruppo "lavoratizio") eleggono il vice (§ 27, co. 2)⁷⁵. Si badi bene, la possibilità per gli azionisti di accaparrarsi la nomina del presidente non è questione scevra di conseguenze sostanziali. Difatti, se in occasione di una certa delibera si dovesse raggiungere la parità (un blocco), si procede ad una seconda votazione; se anche questo nuovo tentativo dovesse andare a vuoto, a quel punto il presidente - non anche il vice - avrà diritto ad un doppio voto (§ 29). La logica del voto capitaro, che domina ogni organismo collegiale, viene quindi messa in discussione da una sorta di preminente "logica capitalista".

Inoltre, come se ciò non bastasse, la regola del doppio voto si estende anche alla nomina (e revoca) dei membri del *Vorstand* (§ 31). Eppure, nelle more della scelta degli amministratori, i rappresentanti del fattore lavoro

73 Il § 1 si preoccupa inoltre di specificare che: a) la legge si impone purché, in ragione dell'oggetto sociale, non si debba applicare la *MontanMitbestG*; b) alle imprese escluse, che impieghino almeno 500 dipendenti, si andranno comunque ad applicare i diritti cogestori previsti dal *BVG* con la sua partecipazione del terzo; c) la disciplina cogestoria non si applica alle c.d. "imprese di tendenza" (imprese che, direttamente e prevalentemente, perseguono, ad es., finalità politiche o confessionali). Rimangono in assoluto fuori dall'orbita cogestoria le sole attività che, almeno per il tessuto economico tedesco, possiedono modeste dimensioni (meno di 500 dipendenti). Secondo le più recenti statistiche confezionate dalla Fondazione Hans Böckler (periodo 2011-2012), le imprese che applicano la cogestione del 1976 sono: a) circa 260 società per azioni; b) circa 350 società a responsabilità limitata. La diffusione è dunque massiccia e capillare. Sarà sufficiente considerare che ciascuna di tali 600 società possiede in media almeno 2 mila dipendenti; molte superano tale minimo legale.

74 Non sono mancate esperienze di c.d. "cogestione volontaria" introdotte in forza di accordi privatistici. In base a tali accordi, la disciplina viene estesa anche a quelle realtà societarie (per azioni e non) che, secondo la norma vigente, non sarebbero oggetto (ad es. per ragioni dimensionali) di cogestione obbligatoria.

75 È come se si creassero due gruppi (capitale e lavoro) ciascuno dei quali elegge al suo "interno" il proprio candidato di spetanza.

potrebbero far valere ragioni ed interessi del solo personale⁷⁶. È questa una delle forze del modello cogestorio tedesco: portare il conflitto industriale fin dentro le camere e le logiche decisionali-imprenditoriali, principiando dalla selezione di coloro che sono chiamati ad assumere tali decisioni. Se questa prerogativa – come accade con la legge in esame – dovesse risultare scalfita, le istanze emancipatorie della partecipazione ne uscirebbero indubbiamente danneggiate. È questa, all’opposto e in negativo, l’essenza del modello approvato nel 1976; modello non a caso significativamente etichettato con la formula della c.d. “cogestione quasi paritetica”⁷⁷. Il “quasi” è purtroppo frutto avvelenato del compromesso al ribasso accettato dalla SPD⁷⁸.

A nulla vale l’obiezione di quanti fanno notare (cumulativamente) che: a) non è detto che si arrivi ad una nomina (presidente) non condivisa; b) le situazioni di stallo/parità, con possibilità di attivare il doppio voto, potrebbero rimanere infrequenti. A risposta: quando il legislatore decide di impegnarsi in un progetto politico-sociale dovrebbe agire con alla mente il passato, l’occhio sul presente, e l’ideale di ciò che vuole si verifichi in futuro. Non importa cosa potrebbe accadere, o cosa solitamente accade (*id quod plerumque accidit*); ciò che conta è quanto si vuole che accada.

In altre parole, quali che saranno i rapporti di forza in concreto esercitati, resta il dato di un testo normativo che per la fattoria-impresa, citando George Orwell, cristallizza la regola: «tutti gli animali sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri». Ben altri erano invece i termini paritari – traditi e disattesi – del primo progetto governativo⁷⁹.

Ciò premesso e chiarito, occorre dar contro delle restanti disposizioni dell’articolato, evidenziandone gli intrecci con la correlata disciplina

76 Ad es., amministratori propensi ad attuare un piano di investimenti potrebbero essere preferiti a quanti si propongono come “ottimizzatori” di costi societari; ad un *manager* dalla formazione finanziaria si potrebbe contrapporre uno di scuola industriale.

77 Alcuni parlano di “parità zoppa” (*hinkende Parität*).

78 Il progetto governativo fu modificato, così da tornare in aula dove trovò il voto anche dell’opposizione democristiana.

79 Per un lucido commento “a caldo” (rispetto al testo del 1976) cfr., per tutti, M. PEDRAZZOLI, *La cogestione tedesca: esperienze e problemi*, in *Pol. dir.*, 1977, p. 261 ss. L’autore, qualche anno più tardi, darà alla luce un volume che rappresenta un pilastro fondamentale per gli studi – domestici e non – del fenomeno socio-giuridico della c.d. “democrazia industriale”. Il volume, con grande acume e spessore, affronta uno dei dilemmi centrali di ogni sistema di relazioni industriali che si possa dire effettivamente partecipativo: quali siano le conseguenze, in termini di ricadute sul rapporto di lavoro subordinato, dell’adozione di un sistema cogestionale; ovvero, cosa accada quando un contropotere (sindacale) finisce per tramutarsi in potere (gestionale). Non è possibile indugiare su di tale *Questione*; un’analisi in tal senso richiederebbe un’attenzione ed un’esperienza sapienziale ben più ampie delle brevi note che si intendo qui proporre. Pertanto, non resta che rinviare a M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

societaria. Così facendo si avrà modo di saggiare quali siano i poteri che le rappresentanze lavoratrici, nonostante il *vulnus* della “quasi-parità”, potranno comunque esprimere.

L'*Aufsichtsrat*, in forza del *Mitbestimmungsgesetz*, ha una composizione contingentata, oltre che qualitativamente, anche quantitativamente. Infatti il consiglio di sorveglianza (§ 7): a) nelle imprese che occupano meno di 10 mila dipendenti è composto da sei membri in rappresentanza degli azionisti e sei in rappresentanza dei lavoratori; b) nelle imprese che occupano più di 10 mila dipendenti, ma meno di 20 mila, otto membri in rappresentanza degli azionisti e otto in rappresentanza dei lavoratori; c) nelle imprese che occupano più di 20 mila dipendenti, dieci membri in rappresentanza degli azionisti e dieci in rappresentanza dei lavoratori.

Il consiglio di sorveglianza viene eletto, quote cogestorie comprese, dall'assemblea che delibera a maggioranza dei presenti (§ 101 AktG); la durata dell'incarico è di quattro anni con possibilità di rielezione (§ 102 AktG).

Quali sono i compiti attribuiti all'*Aufsichtsrat*, e quindi, quali le possibilità attribuite all'ordinamento per i suoi membri? La risposta permetterà di circoscrivere la “forza” concessa ai lavoratori per il tramite dei loro rappresentanti.

Al consiglio di sorveglianza spetta innanzitutto l'attività di controllo sulla gestione (il c.d. “*Überwachungspflicht*”): «il consiglio di sorveglianza deve sorvegliare l'amministrazione della società» (§ 111, co. 1, AktG). La lettera della norma non chiarisce con analiticità cosa si debba intendere per tale attività di controllo. Al di là della vaghezza legislativa, quale che sia la portata aurea del potere di controllo, l'operato del consiglio si può certamente distinguere in attività di controllo preventiva e successiva.

Principiando con l'attività esercitata *ex ante*, la legge – specie dopo una modifica del 2002⁸⁰ – stabilisce che lo statuto o il consiglio di sorveglianza debbano indicare le attività o le operazioni relative alla gestione dell'impresa per il cui compimento è necessaria una approvazione preventiva del consiglio stesso (§ 111, co. 4, AktG); la norma parla di un (doveroso) elenco di specifiche categorie di operazioni. Pertanto, l'enunciato legislativo, per quanto non si spenda in un catalogo predeterminato, impone la predisposizione di un'elencazione puntuale.

Si deve trattare di un insieme di operazioni capaci di incidere sostanziosamente sulla situazione patrimoniale, finanziaria, o reddituale dell'impre-

⁸⁰ La modifica fu introdotta con la legge sulla trasparenza e la pubblicità (Transparenz- und Publizitätsgesetz/ TransPuG). Prima della novella la previsione di un'approvazione preventiva era solo facoltativa. Le altre novità, di rilievo per l'elaborato, sono così sintetizzabili: a) ogni membro è singolarmente legittimato ai poteri informativi nei confronti del consiglio di direzione ed a chiedere la convocazione dell'organo di sorveglianza; b) competenza del consiglio di sorveglianza ad approvare il bilancio consolidato.

sa⁸¹. Di regola, si finisce per comporre un novero, sì definito, ma alquanto ampio; di conseguenza, altrettanto estesi saranno i poteri cogestori(-autorizzatori) nella disponibilità dei rappresentanti dei lavoratori.

Se il consiglio di sorveglianza dovesse negare la necessaria autorizzazione, il *Vorstand* potrà decidere di investire l'assemblea perché approvi con propria delibera l'attività in questione (§ 111, co. 4, AktG). L'assemblea decide con maggioranza qualificata⁸².

Perché il potere dell'*Aufsichtsrat* possa essere effettivo e giudizioso occorre che l'organismo sia dotato di informazioni complete, esaustive ed adeguate. A tal proposito la legge azionaria ha cura di imporre al *Vorstand* un accurato fascio di doveri informativi - con speculari diritti in capo al sorvegliante - sia di carattere generale che particolare (in particolare § 90 AktG).

Ulteriori prerogative del sorvegliante sono diretta ed immediata conseguenza dell'obbligo di corretta tenuta delle scritture contabili che grava sul consiglio di direzione (§ 91, co. 1, AktG); al consiglio di sorveglianza, per verificare il rispetto del dovere in questione, è riconosciuta la possibilità - incaricando se necessario degli esperti⁸³ - di ispezionare le scritture (§ 111, co. 2 AktG).

Per quanto attiene all'attività di controllo successiva, non si può che evidenziare, come prerogativa principe, il potere di approvazione del bilancio che spetta, per l'appunto, al consiglio di sorveglianza (§ 172 AktG)⁸⁴; all'assemblea invece il compito di decidere della destinazione degli utili (eventuali).

L'*Aufsichtsrat* è inoltre legittimato a promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti di eventuali amministratori inadempienti degli obblighi gestori (§ 112 AktG).

Il quadro societario finora disegnato si può dire il prodotto di decenni di maturazione⁸⁵. Uno dei momenti principali di tale evoluzione è senz'altro

81 In tal senso cfr. V. CARIELLO, *op. cit.*, p. 8, n. 23. Tra le ipotesi di sicuro interesse per i lavoratori: la creazione di società c.d. "figlie" (anche all'estero), così anche la loro liquidazione o vendita; gli ampliamenti e le restrizioni dell'attività economica concretamente svolta.

82 Sarà necessario il voto favorevole dei tre quarti del capitale presente in assemblea; il *quorum* aggravato non può essere modificato dallo statuto.

83 La possibilità normativa di avvalersi dell'ausilio di esperti sembrerebbe risolvere ogni possibile questione circa le (in) competenze dei rappresentanti lavorati; competenze necessarie per maneggiare materiali complessi e delicati quali certamente sono i bilanci societari.

84 È questa una peculiarità del sistema (dualistico) di *corporate governance* tedesco. Altrove l'approvazione è competenza dell'assemblea plenaria.

85 Cfr. per tutti, quantomeno nella letteratura italiana, G. B. PORTALE, *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines Deutsches Handelgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 673 ss.; nonché, dello stesso autore, il più

rappresentato dal lento ma incisivo mutamento funzionale e caratteriale del consiglio di sorveglianza; e quindi dei suoi rapporti con il consiglio di direzione.

I dipendenti, lo si è detto, sono impegnati in un organo attraverso il quale è dato loro l'accesso ad un'ampia cesta di informazioni aziendali⁸⁶; e poi ancora: possibilità di usufruire di un meccanismo istituzionalizzato e preconstituito di procedimentalizzazione delle politiche imprenditoriali. È anche questa l'esperienza societaria propriamente tedesca. Chiunque volesse proiettare tale ordinamento in altri contesti non potrà trascurarlo. Coloro che hanno agito (vedi il legislatore italiano) per un "trapianto" dello schema tedesco, escludendo la cogestione, si sono macchiati di una colpevole omissione.

Detto ciò, non è possibile imputare alla *Mitbestimmung*, con il grado della certezza assoluta, le caratterizzazioni che nel tempo hanno interessato l'*Aufsichtsrat*, passato da organo di solo controllo, ad organo co-gestionale. Anche se, la natura delle stesse - maggiore incidenza sulla guida imprenditoriale - fa propendere per una modifica determinata dalla presenza dei rappresentati dei lavoratori⁸⁷.

Negli anni, il sistema tedesco si è connotato come "dualistico cogestito". Formula, quest'ultima, che sta a significare la combinazione tra strada societaria ordinaria e istanze partecipative. La combinazione ha dato luogo ad una sorta di nuovo tipo societario. Qualunque esportazione del contesto tedesco non può tacere di questa evoluzione ormai risalente e ben radicata. Ogni altro modello non ha nulla a che vedere con la moderna esperienza normativa⁸⁸.

recente *Il modello dualistico di amministrazione e controllo. Profili storico-comparatistici* in *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 39-62.

86 L'enfasi sui poteri informativi del consiglio - e quindi anche dei suoi rappresentanti lavorati - è diffusa tra gli autori; perfino i critici sono "costretti" a riconoscerne le ricadute positive per la componente lavoro: cfr. R. KRAAKMAN *et alii*, *op. cit.*, p. 79.

87 Accenna ad un'influenza cogestoria, senza però approfondire, V. CARIELLO, *op. cit.*, p. 7.

88 Anche solo da pochi cenni, appariranno evidenti al lettore italiano le profonde differenze con il sistema nazionale tradizionale. Si pensi alla nomina dell'organo amministrativo riservata ad un organo non assembleare. Si presti però attenzione all'aggettivo tradizionale. Infatti da qualche anno (dal 2003) anche l'ordinamento societario italiano conosce la presenza di due ulteriori sistemi di amministrazione e controllo: il c.d. monistico di ispirazione anglosassone (art. 2409 *sexiesdecies* ss., c.c.) il c.d. "dualistico" (artt. 2409 *octies* ss., c.c.). Quest'ultimo, volendo sintetizzare, riproduce in buona parte l'opzione tedesca. In buona parte, ma non in assoluto. In sede di riforma si è deciso di scartare la disciplina cogestoria. Il che è come dire - sia permesso il semplicismo comparatistico - importiamo la monarchia Buckingham Palace, a patto di lasciare a Londra la Regina!. Non è dunque un caso se la riforma societaria del 2003, sbandierata anche per via dell'introduzione dei nuovi sistemi di *governance*, rappresenti ad oggi un sostanzial.fall.mento; spiace, perché il modello duale avrebbe potuto produrre risultati gestionali positivi. Eppure, i dati ad oggi disponibili non lasciano spazio ad alcun dubbio. Secondo le statistiche più accurate solo lo 0,24 % delle

6 C'è un giudice a Karlsruhe? La cogestione dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*

A breve distanza dall'approvazione della legge cogestoria generale (MitbestG), nonostante il parziale successo parlamentare, la parte datoriale tentò la carta dell'illegittimità costituzionale; a conferma dunque di un immutato sentimento antipartecipativo. Nove grandi imprese, ventinove associazioni datoriali nonché l'associazione dei possessori di titoli azionari, sollevarono la questione dinanzi al giudice costituzionale del Land di Amburgo; quest'ultimo, condividendo i "dubbi" dei proponenti, ricorse a suo volta al tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) che definì la vicenda con la sentenza del 1 marzo 1979⁸⁹.

L'interrogativo posto all'attenzione del giudice costituzionale si può così riassumere: gli articoli della MitbestG - presenza lavorativa all'interno del consiglio di sorveglianza - si possono considerare lesivi della proprietà azionaria? La compagine proprietaria verrebbe illegittimamente compressa nelle sue possibilità in ragione di interessi del tutto estranei?

La norma di riferimento è l'art. 14 del *Grundgesetz*, in particolare commi primo e secondo: «La proprietà e il diritto ereditario sono garantiti. Il contenuto e i limiti di essi sono fissati dalle leggi. La proprietà impone obblighi. Il suo uso deve anche servire al bene della collettività⁹⁰».

Il testo costituzionale impone al legislatore ordinario un impegno per la garanzia del diritto; non va però dimenticata l'apposizione del vincolo sociale (*Sozialbindung*) che rappresenta clausola altrettanto fondamentale della disposizione costituzionale.

società per azioni italiane ha optato per il duale. Il *trend* - del tutto negativo - è confermato anche le indagini più recenti della Consob: ad es. "*Rapporto 2014 sulla corporate governance delle società quotate italiane*". Forse è giunto il momento che il legislatore, a guisa di autocritica, riveda le sue scelte; del resto, l'odierna crisi economico-finanziaria, tanto sul piano nazionale che su quello globale, non sembra lasciar spazio alcuno a modelli tradizionali dimostratisi del tutto inadeguati. Cfr. a questo proposito ed in tal senso: F. VELLA, *L'impresa e il lavoro: vecchi e nuovi paradigmi della partecipazione*, in *Giur. comm.*, 2013, n. 6, p. 1210 ss.; S. TRENTO, A. MATTEI, *Uscire dalla crisi: la partecipazione del lavoro all'impresa*, in *Mul.*, 2014, n. 6, p. 923 ss.; *La partecipazione incisiva: idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese*, M. CARRIERI, P. NEROZZI e T. TREU (a cura di), Bologna, 2015.

89 Per una attenta disamina dei passaggi principali della pronuncia cfr. T. RAISER, R. VEIL, *op. cit.*, p. 24 ss.; in relazione alle riflessioni "nostrane" all'indomani della pronuncia, si v. pure *Sulle reazioni e riflessioni La legge sulla cogestione nella RFT. Sentenza della Corte Costituzionale Federale dell'1.3.1979*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 585 ss.; S. SIMITIS, *La Corte Costituzionale Federale e la cogestione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, partic. p. 619-626. Tra le note di comparazione più recenti cfr. F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in *Janus*, 2011, n. 5, partic. p. 24-32.

90 Il testo costituzionale integrale è consultabile in <http://www.dircost.unito.it>.

La proprietà di cui si parla – la cui difesa reclamano i ricorrenti – non è a ben vedere la proprietà tradizionalmente consolidatasi, ovvero la proprietà su di specifici cespiti reali. Nella proprietà “reale” «coincidono la libertà di uso della proprietà, il potere di decisione sulla stessa e l'imputazione degli effetti dell'esercizio del diritto alla persona del proprietario⁹¹»; diversamente tale connessione «viene ampiamente a mancare nel caso della proprietà delle quote sociali⁹²». Il giudice costituzionale parla, a proposito della proprietà azionaria, di una proprietà “mediata” attraverso l'esercizio dei diritti connessi alla qualità di socio: «il proprietario non può, di norma, far direttamente uso della sua proprietà, né può esercitare il potere di disporre di essa, ma deve limitarsi agli aspetti patrimoniali della sua quota sociale, poiché la più ampia facoltà di disporre è esercitabile solo per il tramite degli organi della società⁹³».

Ed è nell'essenza stessa di tale mediazione – determinata dal diritto societario e non da quello cogestorio – che va ricercata una prima risposta circa la bontà costituzionale della cogestione. Infatti non è escluso che, prescindendo dalla partecipazione dei lavoratori, un socio non si trovi comunque a dover subire le decisioni della maggioranza. D'altronde, la proprietà azionaria non è la proprietà lockiana del Secondo trattato sul governo⁹⁴!

Per ciò che attiene invece la funzione sociale, posta a copertura dell'intervento cogestorio, i passaggi della sentenza sono alquanto chiari e definiti.

«L'aspetto sociale della proprietà azionaria consiste nell'attribuire all'azionista, in comunità con altri, la proprietà di mezzi di produzione [...] non appare inadeguato che il legislatore cerchi di realizzare un temperamento tra il fattore sociale e quello privato⁹⁵». Le ragioni di riequilibrio dell'asimmetria sociale tra i due fattori (capitale e lavoro) giustificano le limitazioni sofferte dagli azionisti; ragioni di tutela hanno determinato i condizionamenti al versante capitalistico. Il regolatore, attraverso le scelte compiute, si è mantenuto «entro l'ambito consentito per una determinazione del contenuto e limiti della proprietà azionaria, se è vero che la cogestione non produce la conseguenza che il capitale sottoscritto sia soggetto a decisioni prese contro la volontà di tutti i proprietari di quote sociali: se è vero che costoro non perdono, a causa della cogestione, il controllo sulla

91 Si riporta il testo così come riprodotto in *La legge sulla cogestione nella RFT. Sentenza della Corte Costituzionale Federale* dell'1° marzo 1979, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 585 ss.

92 *Ivi*, p. 588.

93 *Ibidem*, p. 588.

94 In Italia l'idea di una proprietà azionaria del tutto peculiare si deve alle riflessioni di alcuni originali autori: cfr. partic. G. Rossi, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, p. 32 ss.

95 Cfr. Sentenza della Corte, *cit.*, p. 594 s.

designazione degli organi cui è attribuita la funzione direttiva dell'impresa e se, infine, è vero che agli stessi azionisti è lasciato il diritto alla decisione finale⁹⁶». Il riferimento alla decisione finale è da leggersi come richiamo al regime di quasi-parità (doppio voto).

Nel confronto, da un lato, tra una proprietà che trova comunque un appiglio nel profilo liberale del *Grundgesetz*, e, dall'altro, una tutela dei diritti dei lavoratori che non affiora in alcun modo a livello costituzionale, le ragioni del capitale apparirebbero conclusione quasi obbligata. Considerata la neutralità economica della Costituzione, il Tribunale federale avrebbe potuto assumere pronunce ben più "gravi"; mancando di un qualsiasi salvagente costituzionale, la cogestione avrebbe potuto soccombere. Così invece non è stato⁹⁷.

Il BVerfG non ritenne di dover sanzionare il legislatore: la disciplina – si disse – è costituzionalmente legittima. Ed infatti il giudizio del 1979 viene ricordato come una robusta pietra miliare dell'edificio partecipativo: nessuno ridiscusse, almeno seriamente, la questione costituzionale.

7 Note conclusive. Quale futuro per la cogestione tedesca?

Nei decenni successivi non si registrarono interventi di rilievo sulla legislazione del 1976, ciò permise all'impianto cogestorio di poter dispiegare a pieno i suoi effetti partecipativi⁹⁸.

Eppure, nonostante il suggello di costituzionalità, gli attacchi alle mura della cittadella cogestoria non mancarono di riproporsi.

Nel 2001, nel corso di un ricco appuntamento di confronto sulle tendenze in atto nel campo della *corporate governance*⁹⁹, il giurista tedesco Klaus Hopt così riassunse la questione: «Tutta la legislazione societaria è troppo poco flessibile ed ha urgente bisogno di deregulation»; istituti quali quello della cogestione «sono veri e propri fossili, di cui gli americani si meravigliano oppure – se si pensa alla competizione tra i sistemi – si

96 *Ivi*, p. 595.

97 In un certo senso, la massima del giudice statunitense Holmes, secondo il quale «*the Constitution is what we say it is*», trovò nuova conferma; anche se, in questo caso, ad avere importanza fu certamente il *non detto*.

98 L'unica (non-)novità intercorsa – di cui si è già detto (v. *supra*, n. 58) – è rappresentata dalla 'legge sulla partecipazione del terzo' (*Drittelbeteiligungsgesetz*, DrittebetG).

99 L'incontro è avvenuto nel luglio del 2001 presso il centro italo-tedesco di Villa Vigoni; il confronto ha impegnato giuristi ed esperti italiani e tedeschi. Gli atti sono stati poi pubblicati in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 56, 2003. L'intervento di K. HOPT è riprodotto alle p. 29 ss; il testo è liberamente consultabile in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quarigi>.

rallegrano¹⁰⁰».

L'idea di fondo, implicita od esplicita che sia, si può così tradurre. Se la cogestione fosse davvero quella panacea che da più parti si reclama, perché imporla per legge? Saranno le stesse imprese – si ragiona – ad implementarla in via del tutto volontaria.

Quello che però la riflessione liberista sembra dimenticare è la complessità degli interessi sottesi ad ogni attività economica. Il diritto non è il riflesso del volere di una sola parte sociale; è semmai la sintesi dei voleri, ancorché contrapposti, di tutte le parti coinvolte.

Correggendo un passo economico-letterario caro alla dottrina liberista, si potrebbe così affermare: «Non è dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che noi attendiamo il nostro pranzo cogestorio, quanto piuttosto dalla mano Visibile dell'intervento legislativo».

La cavalleria americana (*rectius* statunitense) cui si riferisce Klaus Hopt riunisce un ampio arco anti-cogestorio che trova tra i suoi pionieri quel gruppo di studiosi che hanno dato vita alla c.d. *New comparative economics*¹⁰¹. Da questo punto di vista, i primi a rompere gli indugi sono stati gli autori del movimento di *law and finance*¹⁰².

Ebbene, neppure il consolidato sistema partecipativo tedesco è riuscito a sfuggire al test di competitività imposto dal movimento giuseconomico liberista. Nel luglio 2005, l'allora governo Schröder, insediò una commissione per la "modernizzazione della codeterminazione aziendale in Germania". La commissione, guidata dal Prof. Kurt Biedenkopf¹⁰³, concluse i suoi lavori nel dicembre 2006; nel frattempo al governo si era insediata la cancelliera Angela Merkel.

Nonostante le pressioni datoriali la commissione approvò un rapporto di maggioranza nel quale si legge che: «non si vedono ragioni per la quale si dovrebbe mettere in discussione la valutazione positiva del legislatore

100 K. HOPT, *op. cit.*, p. 31.

101 Per un approccio critico agli studi della c.d. 'Nuova economia comparata' cfr. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2014, p. 129-134.

102 Il lavoro capofila in materia è quello di R. LA PORTA, F. LOPEZ DE SILANES, A. SHLEIFER, R. W. VISHNY, *Law and Finance*, in *Journ. pol. eco.*, 106, 1998, p. 1113 ss. L'approccio è proprio della giuseconomia classica; anche se nessuno dei suddetti autori ha una formazione accademica di tipo giuridico. Per uno spaccato sulla declinazione anticogestoria di tale approccio: cfr. R. KRAAKMAN *et alii*, *op. cit.*, p. 77 ss.; lo stesso dicasi per M. J. ROE, *La public company e i suoi nemici*, Milano, 2004, partic. p. 23 ss., nonché p. 81 ss. Gli autori testé citati condividono una concezione evolucionistico-hayekiana della dimensione giuridica che se effettivamente assecondata rischierebbe di condurre ad una sorta di '(neo)stato di natura', quantomeno economico.

103 Si tratta dello stesso Kurt Biedenkopf già chiamato negli anni Sessanta a presiedere un gruppo di studio sulla possibile estensione generale della cogestione carbo-siderurgica. Cfr. L. KIßLER *et alii*, *op. cit.*, p. 97; una sintesi del rapporto è consultabile in http://www.boeckler.de/pdf/bb_zusammenfassung_BiKo_ital.pdf.

nel 1976 e proporre una correzione o addirittura un annullamento della legge». La commissione, o quantomeno la sua maggioranza, ritengono di dover “prosciogliere” la *Mitbestimmung* da un nuovo capo di accusa, in parte diverso dai precedenti. Difatti, mentre in passato si era invocata la presunta lesione del diritto di proprietà, adesso si parla di attentato alla competitività.

Respinta la rinnovata ondata reazionaria, la cogestione si può considerare definitivamente in salvo? La risposta è solo parzialmente positiva.

Dopo il consolidamento a livello giurisprudenziale europeo della dottrina *Centros* (CGE, 9 marzo 1999, in causa C-212/97), si è assistito ad un fenomeno graduale di fuga dall’ordinamento tedesco a favore di realtà giuridiche meno stringenti ed “invasive”. A tal proposito, per meglio capire, va qui brevemente ricordato il portato della *doctrine* citata. La Corte di Giustizia, interrogata sulla portata dei Trattati in materia di libertà di stabilimento delle persone legali (prima artt. 43 e 48 TCE, oggi artt. 49 e 54 TFUE), ha statuito che rientra nell’ambito del diritto europeo (all’epoca ‘comunitario’) la possibilità di costituire una società in un primo Stato membro «al solo scopo poi di stabilirsi in un secondo, nel quale la società svolgerebbe l’essenziale, se non il complesso delle sue attività economiche». E per non lasciare alcun spazio al dubbio, prosegue la Corte: «il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrino meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Tale diritto [...] è inerente all’esercizio, nell’ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato».¹⁰⁴

Ebbene, proprio in applicazione di tale principio, c.d. delle “società senza legge”¹⁰⁵, sempre più di frequente accade che l’impresa di grandi dimensioni abbandoni la forma societaria tedesca per andare a stabilire la propria sede di incorporazione all’interno del “libertario” ordinamento britannico, trasformandosi dunque in una *limited company* di diritto inglese. Una volta mutata la forma e la cornice giuridica, l’attività commerciale effettiva può così agevolmente proseguire – *Centros* lo permette – all’interno dell’originario mercato tedesco; il tutto senza dover “patire”, al contempo,

104 Sullo sviluppo della giurisprudenza europea e sulle sue ricadute in materia commercialistico-societaria cfr. M. CASSOTTANA, A. NUZZO, *op. cit.*, p. 19-23; e poi ancora A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul “caso Centros*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1292-1307.

105 Per una ricostruzione esaustiva delle diverse questioni chiamate in causa dal fenomeno delle c.d. “società pseudo-straniere” cfr. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international prive*, Paris, 2010, p. 494-501; cfr. inoltre, tra i contributi più recenti, M.V. BENEDETTELLI, *Profili di diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, p. 35 ss.

le rigide imposizioni germaniche¹⁰⁶. Il fenomeno migratorio sembra ormai inarrestabile¹⁰⁷. Del resto, le teorie di applicazione imperativa della disciplina partecipativa non pare abbiano attecchito¹⁰⁸.

Sarebbe forse necessario un intervento europeo che però, allo stato attuale, non sembra avere *chance* di riuscita¹⁰⁹: la competizione tra ordi-

106 Cfr. sul punto la ricostruzione di O. SANDROCK, J. J. DU PLESSIS, *The impact of european developments on German Codetermination and German Corporate Law*, in AA. VV., *German Corporate Governance in International and European Context*, Berlin-Heidelberg, 2012, p. 225 ss.

107 Secondo la Fondazione Hans Böckler si tratta di un processo esponenziale. Il novero delle società non più assoggettate al diritto tedesco è in costante aumento: nel 2014 sono 69 le società che hanno optato per la "migrazione giuridica"; nel 2000 erano solo tre; cfr. le tabelle statistiche consultabili in http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_8.pdf. Peraltro, ai Paesi di approdo tradizionale, altri se ne sono aggiunti (ad es. Lussemburgo); cfr. inoltre la ricerca di S. SICK, L. PÜTZ, *Der deutschen Unternehmens- mitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst*, in *WSI Mitteilungen*, 2011, 1, p. 34-40, consultabile in http://www.boeckler.de/wsimit_2011_01_Sick.pdf.

108 Alcuni hanno proposto di considerare la disciplina, in ragione delle sue finalità di tutela sociale, tra le norme imperative-lavoristiche che, per il tramite del diritto internazionale privato tedesco, potrebbero estendersi ad ogni situazione che presenti comunque una qualche connessione nazionale. La teoria, ad oggi, non sembra aver riscosso successo. In ogni caso, per un esempio di tale orientamento cfr. J. C. DAMMANN, *Future of Codetermination after Centros: Will German Corporate Law Move Closer to the US Model?*, in *The Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 2003, 8, p. 607 ss. Sulle scarse fortune pratiche di tale proposta dottrinale pesa la natura ambivalente del regime legale cogestorio, sospeso tra diritto del lavoro e diritto societario.

109 Nei cassetti delle istituzioni europee, del tutto dimenticata, giace la Proposta di Quinta direttiva societaria: armonizzazione i sistemi di organizzazione amministrativa delle società per azioni dei Paesi membri. La prima bozza, presentata dal Consiglio, risale al 9 ottobre 1972. Le discipline societarie nazionali sono, per gran parte, il frutto del recepimento di Direttive - ad oggi se ne contano almeno quindici - che riguardano ogni aspetto essenziale della vita societaria (ad es., ma non solo, costituzione, operazioni straordinarie, diritti degli azionisti); eppure, nulla per quanto riguarda i meccanismi di *governance*. La lacuna è da ritenersi strettamente connessa con la questione cogestoria. Difatti, la proposta del 1972, che imponeva il dualistico con annessa e coesenziale cogestione, venne respinta da alcuni Paesi (Gran Bretagna ed Italia su tutti) gelosi del loro monistico a-cogestorio. A nulla valsero le modifiche successive. Sul punto si rinvia all'attenta ricostruzione di M. CASSOTTANA, A. NUZZO, *op. cit.*, p. 130-134. Da ultimo, nel 2002, in declinazione dell'art. 27 della Carta di Nizza, il regolatore comunitario ha partorito una Direttiva sui diritti di informazione e consultazione a favore dei lavoratori (Direttiva CE 2002/14); provvedimento, quest'ultimo, destinato ad introdurre (timidi) diritti partecipativi per nulla comparabili allo spessore cogestorio. Per una ricostruzione dello scenario europeo - anche con riferimento alla disciplina partecipativa della (mai decollata) Società Europea - e delle disposizioni italiane di recepimento cfr. L. DE ANGELIS, *Riflessioni sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Ric. giur.*, 2012, partic. p. 33 ss.; nonché M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia: evoluzione e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Milano, 2013, partic. p. 132 ss. Alla monografia da ultimo citata si rinvia inoltre, più in generale, per una saziante ed ampia disamina dell'evoluzione (interna e non) dell'idea partecipativo-cogestoria, tanto in chiave storica che in quella normativa.

namenti giuridici è oggi un mercato in fiorente espansione¹¹⁰.

Tuttavia, se il sistema tedesco vuole conservare un suo caposaldo fondamentale, è necessario che l'attenzione si sposti a livello sovranazionale; è certamente questo uno degli impegni futuri che attende la *Mitbestimmung* e i suoi sostenitori.

La cogestione non è mai stata, non è, e non dovrà mai essere un evento. La cogestione è e dovrà essere un processo, si spera progressivo.

110 La cogestione tedesca si sta quindi scontrando con gli appetiti giuridici sorti anni or sono sulle coste occidentali di un piccolo Stato statunitense: è il c.d. ormai noto "effetto *Delaware*"; effetto che, dopo le sentenze della CGE in materia di libertà di stabilimento e circolazione delle persone giuridiche, si estese anche alla dimensione europea. Sul fenomeno della c.d. 'concorrenza tra ordinamenti' cfr. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, A. ZOPPINI (a cura di), Roma, 2004.