Collana della
Rivista di Diritto Societario

Diretta da N. Abriani, M. Benedettelli, L. Calvosa, V. Cariello, L. Enriques, G. Ferri jr
G. Giannelli, F. Guerrera, G. Guizzi, M. Lamandini, R. Pennisi, M. Perrino, P. Piscitello
D. Regoli, G.A. Rescio, D.U. Santosuosso, M. Speranzin, L. Stanghellini, U. Tombari

L'ordinamento particolare della società per azioni nel pensiero di Agostino Gambino

a cura di

Daniele U. Santosuosso

Giappichelli

Collana della Rivista di Diritto Societario

Diretta da
N. Abriani, M. Benedettelli, L. Calvosa, V. Cariello, L. Enriques
G. Ferri jr, G. Giannelli, F. Guerrera, G. Guizzi, M. Lamandini
R. Pennisi, M. Perrino, P. Piscitello, D. Regoli, G.A. Rescio
D.U. Santosuosso, M. Speranzin, L. Stanghellini, U. Tombari

1

Procedura di blind refereeing

La pubblicazione di ogni volume della Collana è subordinata all'esito positivo della procedura di *blind refereeing*.

Coordinatore del procedimento:
Daniele U. Santosuosso, via G.G. Porro, 15 – 00197 Roma
e-mail: d.santosuosso@studiosantosuosso.it

Responsabile del sistema di blind refereeing:
Giuseppe Rescio, c.so Italia, 8 – 20122 Milano
e-mail: giuseppe.rescio@studiorescio.it

Il Responsabile del sistema di *blind refereeing* trasmette ciascun volume, che abbia superato il vaglio della Direzione, ad uno dei componenti del comitato *referees*, anche in relazione alle sue specifiche competenze. Il *referee*, che riceve il volume in versione anonima, trasmette al Responsabile, entro trenta giorni, una scheda con la valutazione motivata del lavoro, comprensiva di note di commento, che si conclude con l'indicazione positiva (pubblicabilità), negativa (non pubblicabilità), o positiva con riserva (pubblicabilità in caso di adeguamento ai suggerimenti del *referee*).
La scheda viene senza indugio inviata all'Autore. Se la valutazione è negativa il volume non verrà pubblicato. Se la valutazione è positiva con riserva la Direzione valuta l'adeguatezza del volume alle indicazioni del *referee* entro trenta giorni dal ricevimento del volume corretto.

IUSTITIAM COLIMUS

L'ordinamento particolare della società per azioni nel pensiero di Agostino Gambino

a cura di

Daniele U. Santosuosso

Giappichelli

© Copyright 2022 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 979-12-211-0133-1
ISBN/EAN 979-12-211-5377-4 (ebook - pdf)

G. Giappichelli Editore

Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%

Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

pag.

Premessa XI

Sul termine di deposito delle azioni per l'intervento in Assemblea 1

Appunti sulla portata giuridica del previsto sindacato per eccesso di potere nelle società per azioni 13

La disciplina del conflitto di interessi del socio

1. Quadro delle controversie in merito all'interpretazione della disciplina del conflitto di interessi assembleare (art. 2373 cod. civ.) 28
2. Tesi che, nel rifiutare l'esame del merito da parte del giudice, circoscrive l'interesse particolare del socio ai casi connessi ad una posizione di controparte che il socio sia destinato ad assumere nei confronti della società. Ragioni di ordine storico portate a conforto della tesi. Inattendibilità delle assunte ragioni. La formazione dell'attuale disciplina e rapporti di questa con la normativa tedesca 33
3. Caratteri dell'interesse particolare del socio. Configurabilità dell'interesse particolare anche nelle fattispecie di conflitto fra soci nell'estraneità all'interesse sociale 41
4. Rilevanza dell'interesse per conto di terzi. Critica della dominante interpretazione restrittiva della formula legislativa. La formazione storica dell'inciso 46
5. L'interpretazione dell'interesse della società menzionato nell'art. 2373 cod. civ. Riferimento non al concreto ed obiettivo interesse del gruppo sociale nella singola operazione, ma a una nozione, pur obiettiva, ma più generale ed astratta di interesse 50

pag.

6. Inquadramento dell'orientamento accolto nella problematica dei rapporti tra ordinamenti particolari e giurisdizione statuale e raffronto con l'istituto dell'eccesso di potere in diritto pubblico 56
7. Possibile pluralità di significati dell'interesse della società. La formula dell'interesse dei soci come tali. Significato dell'interesse sociale (tipico) indicato nell'art. 2373 58
8. Relazione intercorrente fra i due termini: il conflitto 64
9. Diversità dell'impostazione accolta dalla tesi di Mengoni. Il conflitto tra soci nell'estraneità all'interesse sociale. Non riferibilità della disciplina del conflitto di interessi al principio della parità di trattamento degli azionisti 65
10. Divergenza dell'orientamento accolto dalla recente tesi di Pellizzi. L'interesse sociale come interesse alla produttività dell'impresa nell'orientamento di Pellizzi 68
11. Significato del requisito del danno potenziale per la società. Esso non indica semplicemente la direzione del voto esercitato dal socio di maggioranza 70
12. Rilevanza normativa del divieto di voto. Inesistenza di un potere del presidente dell'assemblea di escludere dalla votazione il socio in conflitto. Ragioni della conclusione accolta 73
13. Portata e *ratio* della disciplina contemplata nell'art. 2373 cod. civ. Distinzione dalle discipline del contratto con se stesso e del conflitto di interessi del rappresentante. Carattere non eccezionale della normativa e sua inquadrabilità in un principio più ampio 80

Abuso di potere nelle assemblee delle società per azioni 87

Spunti critici in tema di correttezza, buona fede e principio di collaborazione nelle società per azioni

1. Le tesi che postulano l'applicazione alle società per azioni dei canoni della correttezza nei rapporti obbligatori e della buona fede contrattuale 105
2. L'applicazione del criterio della correttezza nei rapporti obbligatori ai fini della determinazione del dividendo. Inidoneità del criterio per la soluzione del problema 107
3. L'applicazione del canone della buona fede contrattuale al fine di garantire il collegamento teleologico dell'atto alle finalità contrattuali. Inidoneità del criterio per la soluzione del problema dell'abuso del voto 112

pag.

4. La tesi che qualifica il voto come prestazione contrattuale sottoposta al canone della buona fede. Collegamento con l'affermazione di un principio di collaborazione fra i soci. Inaccettabilità della tesi 115
5. La non configurabilità di un principio di collaborazione fra gli azionisti. Il principio nella vigenza del codice di commercio. Gli elementi del contratto di società ex art. 2247 c.c. 119
6. Inattendibilità della costruzione di un principio di collaborazione sulla base delle caratteristiche generali dei contratti con comunione di scopo 123
7. Esigenza di ricercare nella disciplina delle società di capitali il criterio direttivo per la determinazione del limite all'agire dei soci. Incidenza dell'art. 2373 c.c. sul conflitto di interessi del socio 125

Le clausole di gradimento dopo la legge 4 giugno 1985, n. 281 127

L'opa e la circolazione endogruppo delle partecipazioni di controllo 143

Responsabilità amministrativa nei gruppi societari 151

Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni 167

Verso la riforma della società per azioni non quotata 181

Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni

1. Modifiche della disciplina nel 2003 e nel 2010 191
2. Eliminazione del divieto di voto. Legittimazione al voto del soggetto in conflitto di interessi 192
3. Divieto di voto a carico degli amministratori e dei componenti del consiglio di gestione. Difetto di legittimazione 194

pag.

4. Risarcibilità ai soci di minoranza del solo danno diretto dalla deliberazione illegittima 194
5. Assenza di deliberazione assembleare. Sentenza di accertamento 196
6. Inesistenza di rapporti contrattuali tra i soci. Principio di correttezza. Ammissibilità di azione risarcitoria tra soci in presenza di danno diretto della minoranza 198
7. Risarcibilità del danno indiretto nella disciplina dei gruppi 200
8. Legittimazione all'intervento e al voto del socio in conflitto di interessi nelle società quotate. Eliminazione comunitaria di disciplina statutaria di blocco delle azioni 201
9. Estensione della disciplina a coloro che abbiano un interesse in conflitto. Fenomeno della proprietà nascosta delle azioni 202
10. Divieto di comunicazione dei dati identificativi dell'azionista in conflitto di interessi. Riduzione della portata sanzionatoria della disciplina del conflitto di interessi assembleare a favore di una disciplina di prevenzione 204
11. Caratteri dell'interesse particolare e del conflitto 205
12. Caratteri dell'interesse della società 206

Premessa

Si apre con questo volume la collana della *Rivista di Diritto Societario* destinata ai temi cui essa è costantemente rivolta. La scelta è caduta su alcuni saggi tra i più significativi che Agostino Gambino ha riservato alla materia del diritto societario, con particolare riferimento all'ordinamento della società per azioni.

Non potevano quindi mancare i Suoi studi in materia di conflitto di interessi del socio nel quadro dell'eccesso di potere nelle società per azioni, pubblicati a partire dal 1968, nei quali l'A., con il consueto rigore metodologico e l'acuto spirito critico e innovativo, indaga i temi fondamentali dell'interesse sociale nella composizione degli interessi primari, analizzando i canoni generali come la correttezza, la buona fede, l'equità in funzione integrativa dei rapporti giuridici nel loro momento esecutivo. Temi su cui l'A. tornerà nel tempo, tracciando una immaginaria linea di compasso che abbraccia un'epoca, sino al 2011 con il saggio sulle nuove prospettive del conflitto di interessi nella società per azioni alla luce delle novità normative del 2003 e del 2010, arricchendo il Suo punto di vista con l'osservazione delle società nel mercato finanziario e degli interessi degli investitori.

Sempre sui diritti dei soci e sulla correlativa composizione degli interessi nel quadro del sistema di poteri della società per azioni l'A. ha dedicato altri importanti saggi presenti nel volume, come quello sul deposito delle azioni per l'intervento assembleare del 1960, sulle clausole di gradimento del 1986 e sulla responsabilità amministrativa nei gruppi societari del 1993: temi diversi ma tutti indagati dall'A. alla luce della Sua visione del sistema normativo, che, con specifico riferimento alla società per azioni, Egli indicherà come ordinamento particolare di inderogabili competenze organizzative in dipendenza della limitazione della responsabilità e delle caratteristiche delle azioni nella fluidità delle loro negoziazioni, massima nelle società aperte; visione basata su convincimenti solidi nell'individuazione delle esigenze reali e dei principi generali e dei riflessi della loro attuazione sulle circostanze concrete, pur se arricchita di volta in volta con le novità legislative che Egli stesso, anche come componente di commissioni governative di studio, ha contribuito a far nascere.

Nel rileggere le pagine dell'Autore riemergono non soltanto la permanente

attualità del Suo insegnamento ma anche il senso del fluire del pensiero del Maestro nell'arco di mezzo secolo in risposta allo scorrere della realtà socio-economica e all'evoluzione dell'ordinamento. Una pagina indelebile del diritto commerciale societario, che si confida preziosa e che con questa fiducia si affida al lettore.

Sul termine di deposito delle azioni per l'intervento in Assemblea (*)

1. Il problema relativo alla legittimità del prolungamento, con disposizione statutaria, del termine di cinque giorni previsto nell'art. 2370 cod. civ. per il riconoscimento agli azionisti del diritto di intervento all'assemblea non ha ricevuto attenzione specifica dalla dottrina: essa infatti, nell'interpretazione della norma, si è piuttosto soffermata sul quesito se l'iscrizione nel libro dei soci sia idonea a legittimare di per sé all'intervento in assemblea e all'esercizio del diritto di voto, pur se in concreto la titolarità delle azioni sia passata ad altri con trasferimento mediante girata ([1]). La questione ha tuttavia un rilievo pratico particolarmente per le società che, per il gran numero di azioni emesse e il frequente mutamento dei titolari di una certa aliquota di esse, possono trovarsi nella necessità, nel periodo anteriore alle assemblee e in un termine brevissimo, di controllare una notevole quantità di trasferimenti azionari, in modo da consentire l'intervento in assemblea, senza il pericolo di errori od omissioni, a tutti i legittimati.

Il problema, d'altra parte, pur in presenza di una disposizione legislativa che ha regolato il diritto di intervento dei soci, non è di soluzione evidente, specie se, prima di giungere ad una conclusione tranquillante, si consideri l'origine e lo scopo dell'art. 2370 cod. civ. e si accerti l'esistenza, come dovrebbe apparire nel corso della presente indagine, di un non pieno coordinamento della norma sia con le disposizioni relative al trasferimento dei titoli azionari, sia con la disciplina oggi vigente sulla nominatività obbligatoria delle azioni.

In primo luogo, è difficile possano desumersi argomenti in favore dell'una o dell'altra soluzione dall'uso dell'espressione almeno che precede la determinazione del termine di cinque giorni contenuta nell'art. 2370 cod. civ. (Possono intervenire all'assemblea gli azionisti iscritti nel libro dei soci *almeno cinque giorni prima* di quello fissato per l'assemblea, e quelli che hanno depositato *nel termine*

(*) Estratto dalla *Rivista del diritto commerciale*, anno LVIII (1960), n. 1-2, Parte I, pp. 64-73.

([1]) Cfr., per una diffusa disamina del problema, GRASSETTI, *Diritto di intervento e diritto di voto in caso di trasferimento di azioni mediante girata*, in questa *Rivista*, 1948, I, 46 segg.

stesso le loro azioni presso la sede sociale o gli istituti di credito indicati nell'avviso di convocazione). Tale espressione vale infatti solo ad escludere la derogabilità del termine minimo di cinque giorni fissato nella disposizione per l'attribuzione del diritto d'intervento, ma non riguarda l'eventuale termine superiore sancito nell'atto costitutivo. Ciò è confermato dalla *ratio* della disposizione, con la quale il legislatore ha inteso evitare trasferimenti di azioni effettuati all'ultimo momento e all'unico scopo di procurarsi, con tali manovre, la maggioranza nell'assemblea ([2]).

È necessario invece esaminare se la mancanza di una norma espressa nell'art. 2370 cod. civ., che faccia salva una diversa disposizione statutaria, non comporti perciò solo la inderogabilità del termine ivi fissato, non potendo i soci sostituire, ove ciò non sia espressamente consentito, la propria volontà alla normativa posta dalla legge per le società per azioni.

Tale considerazione parrebbe confermata dalla circostanza che là dove è stato ritenuto che una modifica alla disciplina legale non avrebbe snaturato la struttura propria della società, il legislatore ha espressamente ammesso il carattere derogabile delle norme da esso poste, attribuendo all'autonomia privata il potere di mutare in singoli casi la disposizione legislativa ([3]). A ciò si aggiunga che l'art. 2249 cod. civ. ha stabilito il principio della *tipicità* delle società aventi per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale e che da ciò si è tratta la conseguenza che non sia consentita l'evasione delle singole formalità prescritte dalla legge, poiché si altererebbe così una disciplina posta anche nell'interesse dei terzi e nell'interesse economico generale ([4]). Tuttavia, proprio la ragione giustificativa di tale principio fa ritenere che esso non potrebbe essere esteso sino al punto da negare la validità di qualsiasi clausola statutaria, la quale, pur modificando il regolamento legale, non incida su elementi essenziali del tipo di società e non abbia influenza sui diritti individuali dei soci ([5]).

L'inderogabilità della disposizione posta dall'art. 2370 cod. civ. non potrebbe quindi risultare, a mio parere, che dall'indagine circa l'effettiva portata normativa dell'articolo, considerato nel suo significato complessivo e con riguardo agli interessi in esso tutelati, e solo dopo che si sia posto in luce il valore che il legislatore

---

([2]) Cfr. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 123; FRÈ, *Commentario al cod. civ. Scialoja-Branca*, 1951, art. 2370, p. 275; GRASSETTI, *cit.*, in questa *Rivista*, 1948, I, 49; FERRARA JR., *Imprenditori e società*, Milano, 1946, p. 188, n. 12.

([3]) Cfr. nello stesso § 1 della Sez. VI, in cui è contenuto l'art. 2370, artt. 2364, 2368, 2369, 2372.

([4]) Cfr. BRUNETTI, *Diritto delle società*, vol. I, Milano, 1946, p. 76 sgg.; ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in questa *Rivista*, 1941, I, 432.

([5]) In senso favorevole alla conservazione delle clausole atipiche del contratto sociale, cfr. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1957, p. 137; BRUNETTI, *op. cit.*, p. 78, n. 51 e dottrina ivi citata.

ha inteso dare al termine indicato nella norma e l'eventuale incidenza di esso sui diritti indisponibili da parte della società.

A questo riguardo, si può rilevare che effettivamente l'apposizione, nell'atto costitutivo e nello statuto, di un termine superiore ai cinque giorni inciderebbe direttamente su diritti individuali del socio e, in particolare, sul diritto di partecipare alla formazione della volontà sociale. Infatti il trasferimento del titolo azionario in conformità alla propria legge di circolazione attribuisce all'azionista tutti i poteri e i doveri inerenti alla qualità di socio e la società non può opporsi all'esercizio di tali poteri, se ciò non sia espressamente consentito dalla legge. Per conseguenza, nell'ipotesi di azioni nominative, la legittimazione risultante dal titolo e dall'iscrizione nel libro dei soci non potrebbe essere contestata dalla società e l'azionista potrebbe sempre esercitare i diritti di intervento e di voto, anche se egli avesse ottenuto la legittimazione solo qualche ora prima dell'apertura dell'assemblea. Il legislatore ha tuttavia ritenuto, per ragioni pratiche, di porre una limitazione ai diritti fondamentali di voto e di intervento e ha escluso che tali poteri possano essere esercitati da coloro che abbiano acquistato la legittimazione formale nei cinque giorni immediatamente precedenti l'assemblea. Ha così sancito, a carico di soggetti che pur hanno assunto, con effetto verso la società, la qualità di soci, un'eccezionale *sospensione* di alcuni poteri fondamentali inerenti al loro *status.* La natura stessa di tale limitazione, posta da un'esplicita norma di diritto positivo, comporta però che essa non potrebbe venire estesa con disposizione statutaria, poiché qualsiasi prolungamento del termine posto dalla legge inciderebbe ulteriormente sui diritti individuali del socio e sovrapporrebbe alla valutazione legislativa, in materia sottratta a determinazione della società, il diverso apprezzamento di coloro che concorrono a formare l'atto costitutivo.

2. Tale conclusione e confermata dalla genesi della norma sancita nell'art. 2370 cod. civ. in relazione alla mancanza di analoga disposizione nell'abrogato codice di commercio. Questo non poneva infatti alcun limite al diritto d'intervento dell'azionista e la dottrina faceva da ciò rilevare che il socio avrebbe potuto documentare la sua qualità nel momento stesso in cui si presentava all'assemblea, salvo al presidente di essa di eccepire – in caso di azioni nominative – la eventuale non corrispondenza della intestazione del titolo con l'iscrizione nel libro dei soci. Poiché tuttavia si dava così la possibilità di creare maggioranze fittizie attraverso l'acquisto delle azioni negli ultimissimi momenti anteriori all'assemblea e per la sola durata di essa, la pratica aveva fatto leva, per giungere ad una soluzione più conforme agli interessi della società, su due norme contenute nella legge commerciale, che davano facoltà all'atto costitutivo di determinare le condizioni per l'esercizio del diritto di voto e per l'intervento dei soci nell'assemblea (art. 89, n. 10 e art. 184, n. 5). Si desumeva così, da queste disposizioni, la validità del patto sociale richiedente, nel caso di azioni nominative, che l'iscrizione nel libro dei

soci avvenisse entro un certo termine anteriore all'assemblea e, nell'ipotesi di azioni al portatore, che esse fossero depositate, nello stesso termine, presso gli uffici indicati nell'avviso di convocazione.

La dottrina, manifestando il suo consenso all'accorgimento che, in omaggio ad esigenze pratiche, correggeva la rigida applicazione dei principi relativi ai diritti inderogabili dei soci, si limitava solo ad ammonire di mantenere in limiti ragionevoli, rimessi alla valutazione del magistrato in sede di omologazione, l'esercizio dei poteri concessi dalla legge allo statuto, in modo da non violare oltre il necessario il diritto di voto dell'azionista ([6]). La diffusa pratica ha trovato pieno accoglimento nel nuovo codice civile ([7]) che, nell'art. 2370, ha espressamente fissato in cinque giorni il termine anteriore all'assemblea entro cui deve avvenire l'iscrizione o il deposito delle azioni. È stato così composto per legge il conflitto fra gli interessi della società e i diritti individuali dei soci, determinando una certa limitazione di questi ultimi; onde non potrebbe più essere consentito – vigente la nuova legislazione – che l'atto costitutivo si sovrapponga, con una valutazione diversa e con un termine più rigoroso, all'apprezzamento compiuto dal legislatore. Ogni ulteriore limitazione al diritto inderogabile dell'azionista d'intervenire nella assemblea e di partecipare alla formazione della volontà sociale sarebbe quindi illegittima, anche se determinata da una disposizione statutaria. Si aggiunga poi che mancherebbe addirittura la base testuale da cui è stata derivata, sotto il vigore del codice di commercio, la legittimità di tali clausole, poiché sono venute a mancare nel codice civile quelle disposizioni che davano la facoltà di determinare, nell'atto costitutivo e nello statuto, le condizioni per l'esercizio del diritto di voto e del diritto di intervento ([8]).

3. Prima però di dare una risposta definitiva al quesito, e necessario chiarire l'esatto contenuto della norma posta dall'art. 2370 cod. civ.: in ciò può essere di valido ausilio, oltre che la considerazione delle norme relative alla circolazione dei titoli azionari, anche la ricerca storica sopra riassunta, da cui appaiono chiari l'origine e lo spirito della disposizione.

L'art. 2370 prevede infatti due ipotesi distinte, legittimando all'intervento in assemblea 1) coloro che siano iscritti nel libro dei soci almeno cinque giorni prima di quello fissato per l'assemblea e 2) coloro che, nello stesso termine, abbiano depositato le loro azioni presso la società. Non si richiede quindi necessariamente entro il termine l'iscrizione nel libro dei soci, equiparandosi invece a quella con-

---

([6]) Cfr. DE GREGORIO, *Società e associazioni commerciali*, Torino, 1938, p. 416; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Milano, 1929, p. 230.

([7]) Cfr. n. 162, Relazione al Re.

([8]) Cfr. art. 2348 sgg. cod. civ., nei quali si fanno salve solo eventuali limitazioni al diritto di voto in relazione a particolari categorie di azioni.

dizione il mero deposito delle azioni. Tuttavia tale duplice forma di legittimazione, se è conforme alle due diverse leggi di circolazione dei titoli azionari previsti nell'art. 2355 cod. civ. (azioni nominative e al portatore), non ha alcuna corrispondenza con le norme proprie dei titoli azionari nominativi, che attualmente sono i soli consentiti nel nostro ordinamento giuridico ([9]): il possessore dell'azione nominativa è infatti legittimato all'esercizio dei diritti inerenti al titolo, compresi il potere d'intervento e di voto all'assemblea, solo ove vi sia la duplice intestazione a suo favore sul titolo e nel registro apposito dell'ente emittente (libro dei soci). Ciò, è del resto, esplicitamente riaffermato nel decreto, che ha regolato la nominatività obbligatoria dei titoli azionari e che subordina appunto l'efficacia, nei confronti della società, del trasferimento delle azioni all'iscrizione nel libro dei soci (art. 2, 2° comma, R. D. 29 marzo 1942, n. 239) ([10]).

Se si ritenga quindi che la seconda parte dell'art. 2370 cod. civ. sia applicabile anche alle azioni nominative, se ne dovrebbe dedurre o l'esistenza di una grave anomalia nel regime di circolazione proprio dei titoli nominativi, per cui l'azionista sarebbe legittimato – in contrasto con l'art. 2021 cod. civ. e con l'art. 2 R.D. 29 marzo 1942, n. 239 – ad esercitare, nei confronti della società, alcuni dei diritti fondamentali inerenti allo *status* di socio pur in mancanza dell'iscrizione nei registri della società stessa, oppure l'obbligo della società, anche se non menzionato espressamente, di iscrivere l'azionista nel libro dei soci prima dell'apertura dell'assemblea. Se si considera però che il sistema del codice vigente è fondato sulle due categorie di azioni nominative e al portatore e che le norme relative a queste ultime non sono state abrogate, ma ne è stata solo sospesa l'efficacia per la durata del R.D.L. 25 ottobre 1941, n. 1148 (art. 109 disp. attuaz. cod. civ.), appare chiaro che la duplice forma di legittimazione regolata dall'art. 2370 cod. civ. corrisponde perfettamente, nella prima parte, alla legge di circolazione propria dei titoli nominativi e, nella seconda parte, alle norme relative al trasferimento dei titoli al portatore. Per questi ultimi infatti il possessore è legittimato all'esercizio dei diritti inerenti al titolo in base alla semplice presentazione di esso e il deposito delle azioni presso la società, anche se sottoposto a un certo termine, è richiesto esclusivamente ai fini della prova della legittimazione conseguente al possesso del titolo.

Da ciò si può dedurre che l'ultima parte dell'art. 2370 cod. civ., avendo lo scopo di determinare il diritto d'intervento dei titolari di azioni al portatore, non

---

([9]) Salve le disposizioni speciali emanate dalle Regioni siciliana e sarda.

([10]) Non è quindi necessario, ai fini del presente studio, approfondire il problema dell'applicabilità ai titoli azionari delle norme proprie dei titoli di credito: si veda, per tutti, in senso positivo, DE GREGORIO, *Imprenditori e società*, Roma, 1952, p. 257 e, per la giurisprudenza, Cass., 22 gennaio 1949, n. 83, in *Foro it.*, *Mass.*, 1949, n. 19 che ha ritenuto che le disposizioni di carattere tributario sulla nominatività obbligatoria dei titoli azionari non sottraggono questi alla disciplina generale dei titoli nominativi stabilita dal diritto comune.

sia applicabile in regime di nominatività azionaria obbligatoria e che, in tal caso, condizione necessaria per l'intervento in assemblea sia l'avvenuta iscrizione entro il termine prescritto nel libro dei soci. Tale è, del resto, la conclusione cui, pur non avendo dedicato attenzione specifica al problema, giunge anche la dottrina prevalente ([11]). Ciò trova inoltre corrispondenza nella genesi storica della disposizione, la quale ha sanzionato la pratica che, per le azioni nominative, richiedeva l'iscrizione nel libro dei soci entro un certo periodo e, per le azioni al portatore, imponeva il loro deposito presso la società entro lo stesso termine. E ha infine testuale conferma nell'art. 6, R.D. 29 marzo 1942, n. 239 che, in regime di nominatività, si limita a riportare solo la prima delle due condizioni previste dall'art. 2370 cod. civ.

Lo stesso art. 6 però, preoccupandosi di consentire il diritto di intervento anche agli azionisti che, pur non iscritti nel libro dei soci, abbiano acquistato le azioni mediante girata, supplisce in una certa misura all'inapplicabilità alle azioni nominative dell'ultima parte dell'art. 2370 cod. civ. e *dà espressa facoltà all'atto costitutivo di autorizzare* l'intervento in assemblea agli azionisti che, *ai fini dell'iscrizione,* abbiano depositato, entro un termine precedente all'assemblea e non minore di cinque giorni, i titoli di cui sono in possesso.

Viene così stabilito che l'intervento in assemblea di coloro che non risultano iscritti nel libro dei soci può essere autorizzato esclusivamente da una disposizione dell'atto costitutivo ed a questo viene affidata altresì la determinazione del momento in cui le azioni debbano essere depositate, salva l'inderogabilità di un termine *minimo* di cinque giorni. Si è in tal modo riconosciuta, per ragioni pratiche e con esclusivo, riferimento alle azioni nominative, una facoltà di regolare l'intervento in assemblea analoga a quella concessa dall'art. 184, n. 5 cod. comm. E anche in questo caso, come per la norma posta dell'abrogata legge commerciale, spetta al magistrato, in sede di omologazione, di valutare se il termine fissato dall'atto costitutivo sia circoscritto in termini ragionevoli oppure sia tale da permettere agli amministratori di escludere per lungo tempo un gran numero di azionisti dall'intervento in assemblea.

L'esigenza sentita dal legislatore di consentire che, nell'atto costitutivo, si possa determinare il termine di deposito delle azioni nominative in misura ragionevolmente superiore ai cinque giorni è ancor più evidente se si voglia ritenere che, con la norma posta dall'art. 6, R.D. 29 marzo 1942, non si sia apportata alcuna deroga al regime proprio dei titoli nominativi: in tal caso, la società sarebbe obbligata, entro il termine statutario e prima dell'assemblea, ad iscrivere le azioni nel libro dei soci, in modo che la legittimazione all'intervento e al voto sia attri-

---

([11]) Cfr. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, p. 33; FERRI, *Manuale di dir. commerciale*, cit., p. 214; DE GREGORIO, *Imprenditori e società*, cit., p. 278; FRÈ, *Società per azioni*, in *Comment.*, cit., p. 275; BRUNETTI, *op. cit.*, pp. 310-311.

buita solo a chi gode della duplice intestazione sul titolo e nel registro dell'ente emittente ([12]). Tale tesi sarebbe, del resto, conforme al testuale disposto dell'art. 2 dello stesso decreto, per il quale il trasferimento azionario ha efficacia nei confronti della società solo con l'iscrizione nel libro dei soci. Il termine per il deposito delle azioni coinciderebbe allora con il termine per eseguire l'iscrizione e la società rinuncerebbe così, con una clausola statutaria, al diritto conferitole dall'art. 9, R.D. 29 marzo 1942 di procedere all'iscrizione entro il più lungo periodo di un mese dal momento della richiesta. In questa ipotesi, la necessità delle operazioni di controllo e di annotazione potrebbe effettivamente richiedere la fissazione di un congruo termine per il deposito, comunque superiore ai cinque giorni.

Ma la conclusione non varia – data la precisa espressione contenuta nell'art. 6, in cui si fissa solo un limite minimo inderogabile e si autorizza l'atto costitutivo alla determinazione del termine – anche se si preferisca la soluzione meno gravosa per la società, secondo la quale essa non è obbligata all'iscrizione entro il termine, essendo equivalente all'iscrizione stessa, ai fini della partecipazione all'assemblea, il mero deposito presso la società ([13]).

4. Tuttavia, prima di accogliere la suaccennata soluzione del problema, è necessario superare un'ulteriore grave difficoltà che potrebbe indurre ad escludere l'interpretazione qui data dell'art. 2370 cod. civ. Infatti non solo i progetti preliminari al codice – il cui valore interpretativo per l'attuale normativa sarebbe limitato – ma lo stesso testo ufficiale del libro del Lavoro, approvato con R.D. 30 gennaio 1941, n. 17, presenta una formulazione diversa – in misura leggerissima, ma decisiva – della norma ora contenuta nell'art. 2370 cod. civ. Nell'art. 304 del libro del Lavoro si disponeva: Possono intervenire all'assemblea gli azionisti iscritti nel libro dei soci almeno cinque giorni prima di quello fissato per l'assemblea e quelli che hanno depositato nel termine stesso le loro azioni *al portatore* presso la sede sociale o gli istituti di credito indicati nell'avviso di convocazione.

Si può, in primo luogo, osservare che l'espressa menzione, nella seconda parte dell'articolo, delle azioni al portatore conferma l'opinione sopra manifestata secondo cui la norma relativa al deposito è stata posta, in dipendenza della prassi già formatasi, esclusivamente in relazione alla legge di circolazione dei titoli al portatore e con esclusione delle azioni nominative, per le quali si è mantenuto, come requisito essenziale per la legittimazione nei confronti della società, l'avvenuta iscrizione nel libro dei soci.

Ma se questa e la portata dell'art. 304 del libro del Lavoro, la conclusione deve variare in sede di interpretazione dell'art. 2370 cod. civ., quando si osservi che, in

([12]) Cfr. FIORENTINO, *op. cit.*, p. 34.

([13]) Cfr. FRÈ, Circolare n. 138, *Assoc. fra le Soc. It. per Az.*, 1942, p. 4.

seguito ai lavori di coordinamento fra i vari libri del codice, le parole *al portatore* sono scomparse dal testo dell'articolo che è invece, per il resto, rimasto immutato. Dalla sparizione della limitazione contenuta nell'ultima parte dell'articolo si può dedurre che il legislatore ha inteso estendere la portata della norma a tutti i titoli azionari, siano essi al portatore o nominativi. Si è avuto così – ed e reso manifesto oggettivamente dall'espressione usata, più lata della precedente – un mutamento della portata normativa della disposizione, in accordo con le esigenze pratiche che nascevano dalla nominatività obbligatoria delle azioni, sancita nello stesso periodo in cui veniva pubblicato il codice civile.

L'esclusiva esistenza dei titoli azionari nominativi rendeva infatti particolarmente opportuno che si agevolasse nella misura più larga l'esercizio dei diritti inerenti a tali titoli e che si garantisse in particolare il potere di partecipare alla formazione della volontà sociale a tutti coloro ai quali le azioni fossero state trasferite con efficacia *inter partes,* senza che essi fossero costretti ad attendere l'esaurimento del termine di un mese concesso alla società per l'iscrizione nel libro dei soci (art. 9, R.D. 1942). Veniva quindi esteso il diritto di intervento in assemblea degli azionisti che, pur non iscritti, avessero legittimamente acquistato con girata le azioni e avessero richiesto l'iscrizione con il deposito dei titoli.

D'altra parte, in conformità al principio che il codice riconosce sia le azioni nominative che le azioni al portatore, non si è voluta escludere la possibilità che la norma trovasse applicazione anche per queste ultime: e bastata quindi l'eliminazione di due parole, per dare una formula applicabile ad ambedue le categorie di titoli.

La *ratio* del mutamento di disciplina verificatosi con l'inserimento dell'art. 304 del libro del Lavoro nel codice civile, nonché la stessa formulazione letterale della nuova disposizione potrebbero anche costituire argomenti favorevoli all'opinione secondo la quale l'iscrizione nel libro dei soci, *ai fini del diritto d'intervento e di voto,* non sarebbe requisito indispensabile di legittimazione neppure per le azioni nominative, essendosi assimilato all'effettiva iscrizione, con una deroga legislativa ai principi propri dei titoli nominativi, il deposito delle azioni. Non si sarebbe pertanto imposto alla società l'obbligo di eseguire l'iscrizione entro i cinque giorni successivi al deposito delle azioni e, mentre l'ente rimarrebbe vincolato, al riguardo, solo al termine generale di un mese, l'azionista sarebbe legittimato all'intervento pur in mancanza dell'annotazione nel libro dei soci.

È certo però che l'intenzione di coordinare la norma del codice civile con la legge sulla nominatività azionaria obbligatoria ha ... scoordinato totalmente la disposizione con l'art. 6 R.D. 29 marzo 1942, che in presenza della nuova formula legislativa, ha ben poca ragione di essere e diviene addirittura in parte inapplicabile. Infatti, essendo concessa per legge, ai fini dell'intervento, la facoltà di deposito delle azioni anche se ciò non sia previsto dall'atto costitutivo, viene tolto ogni significato al potere concesso alla società dall'art. 6 di *autorizzare* l'intervento con il deposito delle azioni.

5. Si può da ciò dedurre che è in realtà inesistente il potere di regolare con l'atto costitutivo l'esercizio del diritto di intervento degli azionisti non iscritti, pur essendo stato tale potere concesso dal decreto del 1942? Quel diritto d'intervento è infatti riconosciuto da una norma legislativa, onde l'autorizzazione dell'atto costitutivo sarebbe superflua, mentre un eventuale divieto sarebbe illegittimo. Prima però di giungere alla conclusione della assoluta inapplicabilità dell'art. 6 R.D. 29 marzo 1942, morto nel momento stesso in cui si è formato nella mente del legislatore, e necessario esaminare se veramente la norma sia del tutto incompatibile con l'art. 2370 cod. civ. e non vi possa essere invece un qualche mezzo di conciliazione: se non altro per il principio che è necessario dare alla norma il significato per cui potrebbe avere qualche effetto, anziché quello secondo cui non ne avrebbe alcuno.

Ora, se è vero che il titolare di azioni nominative, con il mero deposito dei titoli, non assume ancora la qualità di socio nei confronti della società ma acquista solo il diritto di essere iscritto nel libro dei soci, ottenendo quindi la piena legittimazione formale solamente dall'effettiva iscrizione ([14]), ne consegue che, sino al momento in cui questa avvenga, non esistono nei riguardi della società diritti inderogabili del socio, ma esiste solo per l'azionista il diritto di conseguire la legittimazione e, ove si ritenga che la società non sia obbligata a procedere all'iscrizione in tempo anteriore all'assemblea, il diritto di partecipare ad essa pur senza la duplice fonte di legittimazione formale.

Vi sia o meno l'obbligo della società all'iscrizione immediata, il diritto all'intervento dell'azionista non iscritto è subordinato dalla legge all'onere di deposito delle azioni in un determinato termine anteriore all'assemblea: la funzione normativa dell'art. 6. R.D. 29 marzo 1942, n. 239 consiste appunto nell'autorizzare l'atto costitutivo a fissare, tenendo conto delle esigenze organizzative della società, il termine stesso, pur nel rispetto del limite minimo di cinque giorni imposto dall'art. 2370 cod. civ. La portata effettiva dell'art. 6 è quindi più ristretta di quello che risulta dalla sua formulazione letterale, ma conserva tuttavia un certo rilievo: se si deve ritenere che una norma statutaria, che autorizzi l'intervento in assemblea in conseguenza del preventivo deposito dei titoli, sarebbe superflua perché superata dalla formula dell'art. 2370 cod. civ., il contratto sociale può però determinare in concreto il termine entro cui il deposito debba avvenire. L'art. 6 vale a confermare che, ove il termine non incida su diritti inderogabili del socio, il periodo di tempo precisato dall'art. 2370 cod. civ. può essere ragionevolmente prolungato dall'atto costitutivo. In altre parole, vale a confermare che il termine indicato nell'art. 2370 cod. civ. è solo un termine *minimo:* esso coincide con il

([14]) Cfr. ASQUINI, *I titoli di credito*, Padova, 1951, n. 57; FERRI, *I titoli di credito*, Torino, 1950, p. 108; MESSINEO, *I titoli di credito*, Padova, 1934, vol. II, n. 202; SALANDRA, *Manuale di dir. comm.*, vol. II, Bologna, 1950, p. 258.

massimo, allorché la stessa esistenza del termine costituisca una limitazione ai diritti individuali dei soci, che può essere posta solo dal legislatore e non potrebbe quindi essere aggravata dall'atto costitutivo (com'è nel caso di azioni al portatore e nell'ipotesi che l'iscrizione nel libro dei soci sia già avvenuta prima dei cinque giorni); non si confonde con il termine massimo, la cui determinazione viene lasciata all'atto costitutivo, allorché il potere di intervento sia collegato eccezionalmente al mero deposito di azioni nominative e all'obbligo della società, ove se ne ritenga l'esistenza, di procedere entro quel termine all'iscrizione nel libro dei soci.

Questa conclusione trova piena corrispondenza nei motivi pratici cui si è fatto cenno all'inizio, che hanno esclusivo riferimento alla necessità di vagliare in un congruo periodo di tempo le azioni depositate, mentre non riguardano ovviamente il controllo dell'avvenuta anteriore iscrizione nel libro dei soci.

Rimane tuttavia da precisare che il prolungamento del termine sancito con clausola statutaria deve essere ristretto *in limiti ragionevoli*, in modo da non poter costituire di fatto l'espediente per una prolungata esclusione di un certo numero di azionisti dalla vita della società. Poiché infatti il diritto dell'azionista ad ottenere la legittimazione formale attraverso l'iscrizione e strettamente connesso, per la sua funzione strumentale, agli stessi diritti di partecipazione, una eccessiva limitazione del primo inciderebbe in definitiva sui diritti inderogabili del socio. Al riguardo, coordinando il potere concesso nell'art. 6 R.D. 1942 con l'obbligo sancito nel già menzionato art. 9, per il quale la società deve procedere all'iscrizione entro il termine di un mese dal giorno del deposito delle azioni, è possibile dedurre dalla stessa disciplina legislativa una precisa indicazione del periodo massimo di tempo entro il quale la società potrebbe legittimamente escludere l'intervento degli azionisti non iscritti e al di là del quale si avrebbe invece un'arbitraria restrizione dei diritti di intervento e di voto.

La portata normativa dell'art. 6. R.D. 29 marzo 1942, n. 239 può essere quindi così precisata ([15]):

a) Esso conferma l'inderogabilità del termine minimo di cinque giorni fissato nell'art. 2370 cod. civ.

b) Esso conferma l'inderogabilità, anche nel massimo, del termine di cinque giorni, per quanto riguarda l'intervento degli azionisti iscritti nel libro dei soci (prima parte dell'art. 2370 cod. civ. e prima parte art. 6).

([15]) Esula dal tema della presente indagine l'analisi dell'altra disposizione contenuta nello stesso art. 6, che dà alla società il potere di richiedere il deposito o la presentazione delle azioni, al fine di accertare che chi è iscritto nel libro dei soci sia ancora azionista. Nulla osta comunque, a mio parere, che tale deposito sia sottoposto – per ragioni pratiche – allo stesso termine previsto dall'atto costitutivo per il deposito delle azioni per le quali non sia avvenuta l'iscrizione del nuovo titolare. L'unico limite legislativo è infatti nel senso che non si possa escludere il diritto d'intervento dell'azionista iscritto da almeno cinque giorni nel libro dei soci e non riguarda il termine per il controllo delle azioni.

c) Esso non riguarda, per ragioni intuitive, le azioni al portatore, per le quali il termine di cinque giorni, nel minimo e nel massimo, è inderogabile dall'atto costitutivo, poiché qualsiasi ulteriore limitazione inciderebbe direttamente sul diritto d'intervento del socio (legittimato con la mera presentazione del titolo).

d) Esso consente all'atto costitutivo di stabilire, per ragioni pratiche di organizzazione amministrativa, un termine superiore ai cinque giorni per il deposito delle azioni nominative, confermando così che per queste ultime il termine fissato nell'art. 2370 cod. civ. è solo un termine minimo, che può essere *ragionevolmente* prolungato, non incidendo immediatamente su alcun diritto individuale dei soci.

Appunti sulla portata giuridica del previsto sindacato per eccesso di potere nelle società per azioni (*)

1. Nello schema di disegno di legge concernente la riforma delle società commerciali predisposto dalla commissione governativa si prevede, come è noto, l'introduzione dell'istituto dell'eccesso di potere nell'ordinamento delle società per azioni, limitatamente alle deliberazioni assembleari concernenti la determinazione, destinazione e distribuzione degli utili e la esclusione o limitazione del diritto di opzione (art. 13). L'innovazione legislativa sembrerebbe riguardare la deviazione delle deliberazioni dal fine loro istituzionalmente assegnato o, in altri termini, il loro manifesto contrasto con l'interesse sociale. In conseguenza di ciò, insieme alla difficoltà dì una precisa individuazione dei criteri ai quali il giudice debba attenersi nell'applicazione della norma, è stata da più parti manifestata la legittima preoccupazione che, con l'adozione del rimedio, la decisione finale sulle scelte economiche venga sottratta ai privati per essere affidata all'organo giurisdizionale ([1]). La verifica di tale diffusa opinione rappresenta l'oggetto delle presenti note: essa appare preliminare sia ad un'indagine, che qui non potrà essere compiuta, sullo specifico atteggiarsi dei rimedio con riferimento al diverso oggetto delle deliberazioni, sia a qualsiasi giudizio sulla opportunità stessa della riforma, relativamente al tema considerato.

2. È chiaro che il richiamo all'elaborazione che l'istituto ha avuto nel diritto amministrativo deve tenere adeguato conto delle modificazioni ed adattamenti che il concetto è destinato a subire per effetto del suo inserimento in un sistema privatistico, retto da principi e destinato a regolare interessi profondamente diversi da quelli che informano il diritto pubblico. Anzi il riferimento alla portata assunta dal

---

([*]) Estratto da *La riforma delle società di capitali in Italia. Atti del convegno internazionale*, Venezia 6-7-8 ottobre 1966, a cura di F. Fenghi e A. Santa Maria, 1968, p. 732 ss.

([1]) V. il *Parere del Cnel* (in *Riv. soc.* 1966, 217); *Relazione*, *di minoranza al progetto di riforma* (Osservazioni DE GENNARO e FERRI), *ivi*, 400-407; cfr. MINERVINI, *La disciplina della materia contabile*, *ivi*, 38.

rimedio attraverso l'attività del consiglio di stato potrebbe apparire immediatamente pregiudicato da un rilievo preliminare: gli interessi, dei quali si richiede la tutela nelle deliberazioni assembleari e nei provvedimenti amministrativi, hanno caratteristiche profondamente diverse. Nell'attività della pubblica amministrazione il perseguimento di un interesse personale da parte dell'autore dell'atto urta contro un principio fondamentale dell'azione amministrativa; nelle società, invece, l'interesse personale del socio è inscindibilmente connesso all'interesse sociale perseguito con la deliberazione, comunque questo venga configurato. È stato più volte rilevato come sia psicologicamente inevitabile che il socio, cui spettano i risultati utili dell'attività comune, valuti l'interesse sociale attraverso il diaframma del proprio interesse personale ([2]): se è vero che il socio, diversamente dal funzionario, amministra beni o interessi che economicamente sono anche propri ([3]). Tali osservazioni, pur esatte, si rivelano peraltro non decisive ai nostri fini: tuttavia in virtù di una considerazione opposta a quelle usualmente addotte. Senza negare la difficoltà di sanzionare la deviazione delle deliberazioni assembleari da un interesse obiettivo che esse dovrebbero essere idonee a realizzare, va tenuto presente che anche nella dottrina del diritto pubblico si è ormai fatta ampiamente strada la convinzione dell'impossibilità di individuare in un interesse pubblico obiettivo e astratto il parametro per l'accertamento dell'eccesso di potere.

Viene così chiaramente avvertito che il rimedio dell'eccesso di potere, lungi dal postulare un raffronto tra l'interesse concretamente perseguito nel provvedimento e l'interesse obiettivo ed astratto, alla cui soddisfazione l'atto è tipicamente preordinato (raffronto che inevitabilmente comporterebbe una valutazione di merito, preclusa all'organo giurisdizionale), rappresenta piuttosto uno strumento predisposto per sindacare *indirettamente* l'uso del potere discrezionale esercitato con l'emanazione del provvedimento ([4]). Dato che non è consentita la rinnovazione della ponderazione degli interessi istituzionalmente demandata all'autorità amministrativa, il magistrato deve limitarsi ad accertare la sussistenza di sintomi rivelatori, sindacando solo indirettamente il vizio di merito ([5]). Di qui il rilievo decisivo assunto dalle c.d. figure sintomatiche, di cui si è affermata – in conformi-

---

([2]) Cfr. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.* 1956, 445; MÜLLER-ERZBACHT, *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens*, Weimar, 1948, pp. 41 e 211.

([3]) Cfr. DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli atti delle società*, in *Riv. dir. comm.* 1953, I, 26 ss.; v. anche GRECO, *Considerazioni generali sulla riforma delle società per azioni*, in *Riv. soc.* 1966, 264.

([4]) MORTATI, *La volontà, e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, pp. 137-138; OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi, in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, voi. 22, Roma, 1947, 328 ss.; BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, p. 286.

([5]) Cfr. BASSI, *op. cit.*, loc. cit.

tà al costante indirizzo giurisprudenziale – la natura e funzione autonoma ai fini dell'annullamento dell'atto ([6]). Escluso che quelle figure possano essere qualificate come fatti meramente probatori, dai quali arguire l'esistenza di una deviazione dell'atto dall'interesse pubblico, dal momento che l'annullamento consegue direttamente alla ricorrenza dei sintomi, senza che il magistrato possa accertare che, malgrado la loro esistenza, l'atto è ugualmente rispondente al pubblico interesse ([7]), il rimedio dell'eccesso di potere viene a distaccarsi nettamente dal giudizio di merito, comportando l'accertamento della legalità sostanziale del procedimento, attraverso il quale l'atto è stato emanato. L'elemento della deviazione dell'atto dalla funzione si presenta pertanto come la *ratio* generica dell'istituto e non come suo requisito essenziale, tale cioè da doversene accertare la ricorrenza per l'applicazione del rimedio: allorché l'attività, che ha portato all'atto, sia stata esercitata in violazione dei principi che la reggono, può ritenersi – in base all'*id quod plerumque accidit* – irregolare la stessa valutazione comparativa degli interessi compiuta dalla pubblica amministrazione. Anzi, proprio ai fini della sua estensione al di là del settore del diritto amministrativo, uno dei nostri più autorevoli pubblicisti pone come condizione generale del rimedio precisamente la preclusione per il giudice di accertare in modo diretto la corrispondenza dell'atto al fine ([8]).

Con l'introduzione dell'istituto dell'eccesso di potere si afferma così la rilevanza giuridica dell'attività, sanzionando legislativamente taluni principî, che debbono informarla (o che, in altri termini, disciplinano l'esercizio del potere amministrativo) ([9]). Attraverso il richiamo, da parte dell'ordinamento statuale, di precetti ad esso estranei ([10]) si realizza una forma di eterointegrazione dello schema legislativo, a garanzia del rispetto di quei principi cui l'amministrazione viene vincolata ([11]). Si tratta di alcune fondamentali regole extragiuridiche, concernenti in senso ampio la correttezza – e quindi il merito – dell'agire amministrativo: come è stato recentemente rilevato, di tutti i criteri, principi e regole, dai quali dipende la ponderazione degli interessi compiuta dalla pubblica amministrazione e cioè la valutazione discrezionale o, più semplicemente, il merito, vanno estratte e considerate a parte quelle regole *extra legem*, che assumono rilievo in sede di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere e che rappresentano la discipli-

---

([6]) Cfr. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per visto della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.* 1950, I, 6 ss. e 17 ss.; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, 1962, p. 420 ss.

([7]) Cfr. PIRAS, *op. cit.*, p. 424; BENVENUTI, *op. cit.*, 16-17; BASSI, *op cit.*, p. 293.

([8]) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6a ediz., Padova, 1962, p. 322

([9]) Cfr. BENVENUTI, *op. cit.*, 22 ss.; PIRAS, *op. cit.*, pp. 410 e 428.

([10]) BASSI, *op. cit.*, loc. ult. cit.

([11]) PIRAS, *op. cit.*, p. 409, nota 58.

na generale dell'attività ([12]). Con tali regole, che non hanno carattere meramente logico ([13]), pur se comprendono anche principi di coerenza riferibili ai canoni tradizionali della logica, si stabilisce la prevalenza di taluni valori su altri nel procedimento di ponderazione degli interessi ([14]): precisamente la prevalenza dei principi di giustizia sostanziale (o di proporzionale eguaglianza), di ragionevolezza dell'agire amministrativo (con l'assunzione delle regole di coerenza logica) e di aderenza alle esigenze strutturali dell'organizzazione amministrativa ([15]). Alle possibili violazioni di tali principi corrispondono precisamente le c.d. figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza ed alla cui ricorrenza consegue immediatamente l'annullamento del provvedimento amministrativo. In tal modo, l'osservanza di quelle regole si pone come presupposto di legittimità dell'atto ([16]): senza che con ciò debba intendersi integralmente sanzionato il principio di buona amministrazione (che compendia *tutte* le regole che presiedono alla valutazione discrezionale), di cui vengono garantiti, con la comminatoria dell'invalidità dell'atto, solo taluni fondamentali presupposti. L'autonomia delle c.d. figure sintomatiche riceve così una precisa collocazione sistematica, scorgendosi chiaramente come l'enucleazione di tali situazioni abbia avuto la funzione di vincolare il procedimento a canoni di legalità, insieme impedendo al giudice un riesame del merito.

Non è questa la sede per dimostrare analiticamente la riconducibilità di ciascuna figura c.d. sintomatica ad un vizio dell'attività ([17]). Qualche ulteriore chiarimento merita tuttavia la particolare figura costituita dallo sviamento di potere, per la quale più dubbio potrebbe apparire il rifiuto di un diretto raffronto con l'interesse pubblico. Se però si tiene presente che anche qui è preclusa al magistrato una nuova valutazione comparativa degli interessi, diviene agevole rilevare la ragione di quel rifiuto di accertare direttamente la rispondenza (o non rispondenza) dell'atto al suo fine istituzionale e cioè allo specifico interesse pubblico, per la cui soddisfazione l'atto è tipicamente previsto. Ove cioè si facesse, l'esclusione della valutazione di merito sarebbe illusoria: come è stato osservato, l'interesse pubblico, che il provvedimento deve in concreto realizzare, non è un'entità fissa ed astratta, ma rappresenta un elemento variabile, che si determina solo in dipendenza delle caratteristiche della fattispecie concreta e quindi nel concorrere di interessi secondari con l'interesse tipico primario, di cui la legge predica la tendenziale

([12]) PIRAS, *op. cit.*, p. 406, nota 56.

([13]) *Contra* MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 103 e 125; BASSI, *op. cit.*, p. 287 ss.; in senso critico v. BENVENUTI, *op. cit.*, 11 ss.

([14]) PIRAS, *op. cit.*, loc. ult. cit.

([15]) BENVENUTI, *op. cit.*, 22 ss.

([16]) BENVENUTI, *op. cit.*, 33; PIRAS, *op. cit.*, p. 249, nota 83.

([17]) V. l'ampia indagine di PIRAS, *op. cit.*, pp. 420 ss. e 433 ss.

prevalenza ([18]). La ponderazione tra interesse essenziale e interessi secondari si atteggia in concreto nel modo più vario a seconda delle circostanze, sino anche alla completa neutralizzazione dell'interesse primario ([19]): tale ponderazione rappresenta precisamente l'oggetto di quella valutazione discrezionale, che al magistrato non è consentito compiere nuovamente. Lo sviamento di potere ricorrerà piuttosto solo ove si accerti l'uso del potere per un fine privato ovvero per un fine pubblico non riconducibile a quelli, alla cui soddisfazione la legge consente di provvedere con quell'atto ([20]): al verificarsi di tali ipotesi, l'annullamento consegue inevitabilmente, senza la necessità, né la possibilità di compiere una nuova ponderazione degli interessi allo scopo di accertare se, malgrado il perseguimento di quei fini, l'atto sia tuttavia rispondente all'interesse pubblico ([21]).

Viene così rovesciata l'impostazione tradizionale, che preferiva far perno sull'elemento teleologico dell'atto e che dava alle c.d. figure sintomatiche un valore meramente presuntivo di una deviazione dell'atto dal suo fine istituzionale (ma senza rilevare che la presunzione, ove non ammetta la prova contraria, nasconde, in realtà, un fenomeno giuridico diverso da quello di cui si assume l'esistenza). Tale impostazione, che, in definitiva, scambiava la *ratio* generica dell'istituto con gli strumenti giuridici che ad esso danno concretamente vita, se coerentemente svolta, non avrebbe potuto impedire, contrariamente al pacifico orientamento giurisprudenziale, l'affidamento al magistrato di un potere di riesame del merito: si costruiva allora, da parte della dottrina più consapevole di tale conseguenza, il fragile argine rappresentato dal criterio empirico del carattere manifesto della deviazione ([22]). Salvo a seguire la strada opposta – imboccata coerentemente da una recente dottrina ([23]) – di postulare una drastica riduzione delle c.d. figure sintomatiche, conservando solo quelle più agevolmente qualificabili come elementi indiziari di una deviazione dell'atto: anche qui peraltro, in omaggio a un postulato concettuale, in contrasto con la portata attribuita costantemente al rimedio.

([18]) PIRAS, *op. cit.*, p. 411 ss.

([19]) PIRAS, *op. cit.*, p. 412.

([20]) Cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, 8a ed., Milano, 1958, pp. 202-203.

([21]) Non è quindi necessario, ai nostri fini, accertare la fondatezza del recente orientamento, che, nell'escludere la possibilità di un raffronto diretto con l'interesse pubblico, riconduce la figura dello sviamento di potere all'altra del difetto o insufficienza della motivazione, intesa nel senso sostanziale di difetto di ponderazione di ogni lato, di diritto e di fatto, della situazione su cui l'atto è chiamato a insistere: PIRAS, *op. cit.*, p. 444 ss.

([22]) V. già, per il diritto societario, in base ad una chiara visione del pericolo del riesame del merito, CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.* 1926, I, 181; FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.* 1934, I, 729; cfr. FRÈ, *Società per azioni*, 3a ed., Bologna-Roma, 1962, artt. 2377-2379, p. 334, nota 2.

([23]) CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1957, 313 ss.

Ai nostri fini, la necessità di riconoscere l'autonomia delle c.d. figure sintomatiche, passando dalla considerazione dell'atto a quella dell'attività, sembra certa, proprio in virtù dell'aderenza di tali osservazioni al dato giurisprudenziale. Sembra infatti indubbio che il nuovo legislatore, recependo nel diritto societario l'istituto dell'eccesso di potere, intenda accoglierlo – salvi gli adattamenti resi necessari dal suo inserimento in un sistema normativo diverso – quale effettivamente realizzato e operante e cioè nella portata da esso pacificamente raggiunta, in mancanza di indicazioni legislative, grazie all'elaborazione giurisprudenziale.

3. Passando all'esame specifico del significato giuridico che il richiamo all'istituto dell'eccesso di potere è destinato ad avere nel diritto societario, una prima conclusione può già trarsi in quanto non trova alcuna preclusione nei principi del diritto delle società ed anzi è perfettamente coerente con il principio che riserva ai soci la scelta della politica economica sociale, escludendo, in via generale, la possibilità di una sostituzione del magistrato ai soci nella valutazione dell'interesse sociale. Contrariamente a quanto spesso si legge, per l'applicazione del rimedio non è richiesto – anzi non sarebbe lecito – un raffronto diretto tra gli interessi realizzati con la deliberazione e l'interesse che l'atto dovrebbe istituzionalmente perseguire, così coinvolgendo il giudicante nel problema ben più ampio e delicato della individuazione dell'interesse sociale. Valgono qui considerazioni analoghe a quelle fatte dai pubblicisti: l'interesse sociale, che la delibera realizza, non è un'entità fissa e astratta, ma si determina in concreto volta per volta ad opera dei soci, sulla base di una ponderazione dei diversi interessi concorrenti in conseguenza delle circostanze di fatto; né esso rappresenta una semplice specificazione dell'interesse espresso nell'oggetto statuario (tale quindi da poter essere determinato senza un'attività valutativa), dato che si pone con quest'ultimo in rapporto teleologico e non di mera derivazione logica. Tanto meno quindi sarà necessario postulare il termine di raffronto in un interesse sociale istituzionale, diverso e superiore all'interesse comune dei soci. L'esistenza di quest'ultimo parametro non è anzi postulata, in realtà, neppure dall'orientamento tradizionale, se non in conseguenza di una ingiustificata analogia con le caratteristiche dell'interesse pubblico: al fine di sanzionare una deviazione dall'interesse sociale è logicamente sufficiente riconoscere il carattere obiettivo di questo e l'obbligo dei soci di perseguirlo attraverso il voto, essendo invece indifferente che l'interesse della società sia concepito come interesse superiore ovvero sia risolto nell'interesse comune dei soci. Il problema se l'interesse sociale si identifichi in un interesse istituzionale, superiore a quello comune dei soci, dovrà essere risolto sulla base di un'interpretazione sistematica di tutta la disciplina delle società per azioni risultante dalla riforma legislativa, non argomentando dalla sola adozione del rimedio dell'eccesso di potere.

Con l'istituto dell'eccesso di potere, più semplicemente, si salvaguardano gli

interessi dei soci di minoranza attribuendo rilevanza giuridica ad alcuni principi, che debbono informare l'attività deliberativa. Si pone così, anche nel nostro campo, una netta distinzione dal giudizio di merito e si esclude che il magistrato possa operare una nuova valutazione dell'interesse sociale. Tale precisazione, se è importante per il diritto amministrativo, ha valore fondamentale in diritto societario: in esso la determinazione, ad opera dei soci, del concreto interesse sociale è condizione della permanenza della società per azioni nella sfera del diritto privato.

L'introduzione del rimedio significherà certamente che, per le delibere per le quali venga previsto, l'attività dei soci non è più libera, ma – se si vuole, mutuando il termine dal diritto pubblico – discrezionale. La rilevanza giuridica della discrezionalità tuttavia, ai fini dell'annullamento della deliberazione, non si esprimerà nel consentire un sindacato della valutazione di interessi compiuta, ma nella disciplina del procedimento sotto il profilo sostanziale della correttezza dell'agire, imponendo l'osservanza di talune regole extragiuridiche e quindi dando al magistrato il potere di valutare la corrispondenza dell'attività ai principi fondamentali, che la informano.

Emerge a questo punto un secondo rilievo, ai fini di un giudizio sull'opportunità della proposta riforma legislativa. Ove venga accolto il rimedio nella sua precisa accezione, è da ritenere che non sarà possibile dimostrare – allo scopo di salvare la delibera dall'annullamento –, che, malgrado l'irregolarità procedimentale, la deliberazione è tuttavia conforme all'interesse del gruppo sociale ([24]). Ciò proprio per la caratteristica specifica e individuatrice del rimedio, di rappresentare uno strumento fondato sulla ricorrenza di figure sintomatiche, in presenza delle quali l'annullamento segue senza che sia consentita una valutazione del merito. Tale conseguenza va attentamente ponderata, in quanto, se essa è giustificata per il diritto pubblico dove l'osservanza delle regole dell'attività, a garanzia di una corretta azione amministrativa, assume valore primario rispetto allo stesso interesse al provvedimento e dove è sempre necessaria, per l'annullamento, la lesione di un interesse privato, rappresenta invece un grave corollario nel diritto societario, dove non è richiesto per l'annullamento delle deliberazioni un pregiudizio diretto del socio. Tale conseguenza si porrebbe in antitesi, fra l'altro, con l'attuale orientamento giurisprudenziale sia italiano che straniero in tema di abusi societari, in cui il contrasto con l'interesse sociale è ravvisato sempre come condizione necessaria, pur se non sufficiente, dell'annullamento. D'altra parte, un superamento di quella caratteristica dell'istituto, ad opera della interpretazione giurisprudenziale, snaturando la figura richiamata dal legislatore riproporrebbe il problema dei limiti del sindacato giurisdizionale e della sua distinzione dal giudizio di merito.

La conclusione sarebbe diversa se si adottasse una norma che, invece di far ri-

([24]) *Contra*, MESSINEO, *Impugnativa di delibera di fusione e interesse i singoli soci*, in *Riv. soc.* 1957, 246.

ferimento ad indici tipici, sanzionasse direttamente la correttezza dell'agire nel procedimento deliberativo: tale norma verrebbe infatti agevolmente interpretata alla luce della specificazione del principio già oggi offerta dalla disciplina del conflitto di interessi, nella quale l'annullamento è consentito solo in presenza di un danno potenziale per la società (art. 2373, 2° comma c.c.).

4. Ricondotto l'eccesso di potere – in conformità all'elaborazione giurisprudenziale del concetto – al verificarsi di talune situazioni tipiche, alle quali consegue l'annullamento dell'atto indipendentemente da ogni valutazione di merito, l'indagine deve spostarsi ad accertare quali delle situazioni ricorrenti in diritto amministrativo (ed eventualmente con quali mutamenti) possano riproporsi con riferimento all'attività deliberativa nelle società per azioni. Qui anzi va subito rilevato che l'applicazione al diritto societario dei principi di diritto amministrativo non potrà avvenire senza adattamenti. Manca infatti nel nostro settore uno strumento, che ha invece importanza primaria nel diritto pubblico per accertare la violazione delle regole che informano l'attività: l'obbligo di motivazione. La motivazione offre elementi utili per l'individuazione di pressoché tutte le situazioni tipiche dell'eccesso di potere ed è inoltre determinante per la configurazione di talune di esse (difetto e insufficienza di motivazione, illogicità manifesta e contraddittorietà tra motivazione e dispositivo). Con riferimento alle deliberazioni assembleari, dove manca l'obbligo di motivare sia il provvedimento che i voti di maggioranza, l'istituto dell'eccesso di potere sembrerebbe perdere gran parte della sua rilevanza pratica, con il rischio di trasformarsi in formula verbale e quindi, per reazione, divenire aperto ad ogni interpretazione e così suscettibile di sanzionare un pieno giudizio di merito del magistrato.

Per restituire all'istituto, in diritto societario, la sua portata pratica, conservandone insieme integre le caratteristiche essenziali, occorre risalire dalle situazioni tipiche elaborate dalla giurisprudenza amministrativa ai principi, di cui quelle figure rappresentano la violazione. Tale indirizzo, sempre necessario allorché si tratta di trasferire un istituto da uno ad altro settore del diritto, è qui confermato sia dalla mancanza di tassatività delle ipotesi tipiche ([25]), sia dal fatto che anche in diritto pubblico l'obbligo di motivazione, ai fini dell'accertamento dell'eccesso di potere, non assume rilievo nel suo significato formale di obbligo di esternazione dei motivi (in tal senso, la mancanza della motivazione comporta una violazione di legge), ma nel suo significato sostanziale, per il quale rappresenta l'esigenza che vengano presi in considerazione tutti gli aspetti, di diritto e di fatto, della situazione su cui l'atto dovrà operare ([26]).

Sotto il profilo dei principi, di cui le situazioni tipiche dell'eccesso di potere

([25]) GIANNINI M.S., *La giustizia amministrativa (Lezioni)*, Roma, 1063, p. 171.

([26]) Cfr. PIRAS, *op. cit.*, p. 442, nota 96.

manifestano la violazione, con la previsione del rimedio si stabilisce, in primo luogo, la rilevanza giuridica del *principio di proporzionale eguaglianza sostanziale*, come specificazione di un più generale principio di giustizia sostanziale, al di là della formale parità di trattamento già garantita da norme di legge (v., per le società per azioni, artt. 2348, 2350 e 2351 c.c.). È questa forse la conseguenza più rilevante della prevista adozione del rimedio, diretta a superare i limiti formali nei quali il principio della parità di trattamento fra i soci deve ritenersi circoscritto nel diritto attualmente vigente. Viene sanzionata, in tal senso, la figura tipica della disparità di trattamento, da assumersi nel significato sostanziale di violazione di una parità proporzionale di sacrifici e vantaggi per effetto pratico della deliberazione. L'accertamento della eventuale disparità, non rappresentando un dato formale da individuarsi solo sulla base del contenuto apparente della delibera, verrà compiuto attraverso l'esame di tutti gli elementi all'uopo rilevanti, anteriori e successivi alla deliberazione. Non sembra invece possa acquistare autonomia l'altra figura della manifesta ingiustizia, riportata dalla dottrina amministrativista allo stesso principio di eguaglianza sostanziale: tale figura, nel nostro campo, a causa delle caratteristiche specifiche dell'organizzazione societaria rispetto all'organizzazione amministrativa (carattere paritario dell'una e autoritario dell'altra), si manifesterà piuttosto anch'essa come disparità di trattamento ([27]).

In secondo luogo, attraverso lo strumento dell'eccesso di potere, viene attribuita rilevanza giuridica al *principio di ragionevolezza dell'agire:* si impone, in altri termini, l'osservanza delle regole logiche di coerenza nell'azione. Anche qui la violazione del precetto verrà accertata attraverso un ampio esame di tutti gli elementi che hanno preceduto e che seguono la deliberazione, dai quali possa risultare una illogicità manifesta delle giustificazioni addotte a sostegno del provvedimento o una contraddittorietà non giustificata di quest'ultimo con le risultanze documentali o con atti precedenti. È da ritenere che la giustificazione della deliberazione possa essere data anche successivamente e così anche in giudizio, data la mancanza di un obbligo di formale motivazione del provvedimento, nonché il valore sostanziale del vincolo di coerenza logica che informa il procedimento ([28]).

In terzo luogo, viene imposta l'osservanza delle *fondamentali esigenze funzionali dell'organizzazione societaria, alla luce delle sue caratteristiche tipiche*: così sanzionando, nella forma dello sviamento di potere, il perseguimento di uno specifico interesse sia extrasociale (ad es. politico), sia più particolarmente personale (con riferimento a quest'ultimo caso si pone il delicato problema dei rapporti in-

([27]) V., del resto, anche per il diritto amministrativo, la «riconduzione della figura della manifesta ingiustizia a quella della disparità di trattamento o della contraddizione con altro provvedimento, in ZANOBINI, *op. cit.*, pp. 204-205.

([28]) Cfr., per il diritto amministrativo, dove pure vige l'obbligo di motivazione, PIRAS, *op. cit.*, p. 447, nota 101.

tercorrenti tra la nuova disciplina e la norma vigente sul conflitto di interessi). Anche qui va osservato, in aderenza ai precedenti rilievi, che, accertato il verificarsi di tali ipotesi, non dovranno compiersi ulteriori indagini ai fini dell'annullamento della deliberazione. Allo stesso principio, in connessione con quello di ragionevolezza dell'agire, vanno riportati anche i casi in cui la deliberazione sia stata presa sul presupposto determinante dell'esistenza o inesistenza di fatti, che risultino invece rispettivamente inesistenti o sussistenti, nonché i casi di mancata considerazione di uno degli elementi di fatto determinanti per il provvedimento ovvero di erronea o intenzionale presupposizione di un elemento invece irrilevante: in analogia con le figure del travisamento dei fatti, dell'errore determinante e della sproporzione degli effetti rispetto ai presupposti. In limiti molto prudenti andrà invece valutata la deviazione da una precedente prassi, a causa del diverso valore che questa assume nell'organizzazione amministrativa: piuttosto che come figura autonoma, tale dato si porrà come sintomo – da valutarsi nel contesto di tutti gli elementi di prova – della violazione di altri principi (di eguaglianza fra i soci e di ragionevolezza dell'agire).

In tutte le ipotesi sin qui menzionate, alla mancanza dello strumento della motivazione sopperirà, come già accennato, un'indagine su tutti gli elementi rilevanti, siano o meno documentali, anteriori e successivi alla deliberazione. Tale possibilità consegue direttamente al fatto che, con la previsione dell'eccesso di potere, si impone, nell'applicazione di più ampi criteri di giustizia sostanziale, l'accertamento di situazioni anomale non emergenti direttamente o solamente dal contenuto formale della deliberazione. Si può così affermare, più in generale, che, con l'inserimento dell'istituto nel diritto societario, viene creato un collegamento giuridico tra la deliberazione e l'attività precedente e successiva ad essa, facendo reagire sulla deliberazione gli elementi desunti da quell'attività. In particolare, diviene giuridicamente rilevante, nell'ambito del procedimento deliberativo, non solo l'attività dei soci, ma anche quella degli altri organi sociali e specificamente dell'organo amministrativo (proposte, relazioni, predisposizione della documentazione influente sulla deliberazione, ecc.). Il carattere interdipendente della complessa organizzazione delle società per azioni viene giuridicamente riconosciuto: a garanzia della legalità delle deliberazioni assume rilievo essenziale un procedimento realizzato attraverso l'attività e la collaborazione di più organi. In tale quadro dovrà proporsi anche il problema – che qui può essere solo menzionato – che si pone nel caso in cui l'illegittimità dell'atto risulti attraverso elementi di fatto successivi alla deliberazione: se, come ritenuto in diritto amministrativo, sia ammissibile che il termine perentorio di impugnazione decorra solo dal rilevamento di quei fatti, per effetto del collegamento giuridico della deliberazione con l'attività successiva ad essa ([29]).

([29]) V., per tutti, in diritto amministrativo, ZANOBINI, *op. cit.*, pp. 277-278.

5. Alla luce di quanto sin qui rilevato sono possibili alcune considerazioni conclusive. Difficilmente revocabile in dubbio sembra, in primo luogo, l'opportunità di una disposizione legislativa, che reprima gli abusi realizzabili attraverso le deliberazioni assembleari, pur se essa consacrerà un allargamento del sindacato giurisdizionale essendo inevitabile una certa latitudine di apprezzamento individuale nell'accertamento della ricorrenza delle ipotesi abusive. La esperienza dei principali paesi dell'Europa occidentale è concordemente positiva, ovviamente con l'adozione di diversi strumenti tecnico-giuridici ([30]). Già i nostri giudici si sono dimostrati sensibili al problema, offrendone nei casi più gravi una soluzione positiva attraverso vari espedienti, in attesa dell'intervento legislativo ([31]). E sembra preferibile la previsione di una specifica disciplina positiva, con la conseguente possibilità di determinare con criteri giuridici i limiti del potere giudiziale, piuttosto che rifiutare di considerare le esigenze emergenti dall'evoluzione giurisprudenziale in atto, così affidandosi in definitiva ad una *Gefühlsjurisprudenz.*

L'esigenza primaria da soddisfare appare piuttosto quella di indicare precisi criteri di individuazione dei comportamenti abusivi. Con riferimento a tale esigenza va quindi valutato il richiamo, proposto dalla commissione governativa, alla disciplina dell'eccesso di potere e vanno esaminati i vantaggi e gli inconvenienti di tale innovazione. Gli elementi positivi si compendiano nella possibilità di far riferimento, pur con qualche adattamento, ad indici tipici, oggetto di elaborazione da parte di una giurisprudenza pluridecennale, e nell'escludere correlativamente – se il rimedio verrà applicato nella sua accezione tecnica – un riesame del merito da parte del magistrato ai fini dell'annullamento. Per converso, va annotato il fatto che, in presenza di quegli indici, la deliberazione andrebbe annullata, pur se conforme all'interesse del gruppo sociale; mentre, se si superasse tale inconveniente attraverso un diverso orientamento giurisprudenziale ([32]), diverrebbero evanescenti i confini con il sinda-

---

([30]) V., per la Francia, dove vengono usati pacificamente gli strumenti dell'eccesso di potere e dell'abuso di diritto, la rassegna di LEBOURD, *L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales*, in *Rev. trim. droit com.* 1962, 1 ss.; cfr. per il Belgio, COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Louvain, 1947, p. 148 ss.; per la Repubblica federale tedesca il par. 243 (2) *Aktg.* 1965, analogo al precedente par. 197(2) *Aktg.* 1937; per la Gran Bretagna l'esposizione di GOWEB, *The principles of modem company law*, 2a ed., London, 1957, p. 500 ss.; per la Spagna, l'art. 67 della legge 17 luglio 1951 sulle società per azioni e per la Svizzera il noto art. 2 cod. civ. 1907.

([31]) Cass. 12 maggio 1951, n. 1177, in *Foro it.* 1951, I, 694; App. Torino, 26 aprile 1960, in *Giust. civ.* 1961, I, 891; App. Milano, 21 novembre 1961, in *Giur. it.* 1963, I, 2, 222; Cass. 4 marzo 1963, n. 511, in *Foro it.* 1963, I, 684: App. Milano, 20 settembre 1963, in *Foro it.* 1963, I, 2211; Trib. Bologna, 14 luglio 1965, in *Foro it.* 1966, I, 1404; Cass. 31. maggio 1966, n. 1450, in *Foro it.* 1966, 1, 1440.

([32]) V. la giurisprudenza che, per il diritto societario, riconduce l'eccesso di potere al manifesto contrasto con l'interesse sociale: App. Torino, 26 aprile 1960, in *Giust. civ.* 1961, I, 891; Trib. Termini Imerese, 17 marzo 1961, in *Giur. sic.* 1962, 75.

cato di merito, con il rischio di sostituire il giudice ai privati nella determinazione del concreto interesse sociale e cioè nella scelta della politica economica societaria. Ambedue questi inconvenienti potrebbero essere eliminati con il richiamo, piuttosto che all'eccesso di potere, al criterio della correttezza nell'attività sociale: sempre– ché – giova avvertire – giurisprudenza e dottrina intendano trarre da tale disciplina tutte le conseguenze pratiche da essa desumibili (probabilmente proprio la sconfortante esperienza degli artt. 1175 e 1375 c.c. è alla base della preferenza della Commissione per il rimedio dell'eccesso di potere, già collaudato, in diritto amministrativo, da un costante orientamento giurisprudenziale).

Non è agevole comprendere comunque – si adotti l'una o l'altra formula – perché si sia ritenuto di limitare il rimedio alle due sole ipotesi previste nello schema di progetto ([33]). Anche qui ha giocato il timore di un pieno giudizio di merito del magistrato ([34]): ma non si vede perché, ammesso il rimedio per il caso più delicato relativo alla politica di bilancio e di distribuzione degli utili, non lo si conceda per le altre deliberazioni abusive, in cui qualsiasi sindacato avrebbe un'incidenza molto meno rilevante nella vita delle società. Va solo osservato che l'estensione dell'istituto a tutte le deliberazioni assembleari porrebbe il problema del suo rapporto con la vigente disciplina sul conflitto di interessi, a cui difficilmente potrebbe essere riconosciuto un autonomo ambito residuale di applicazione.

Con riferimento alle interferenze della nuova disposizione con la disciplina attualmente in vigore, va segnalato anche il quesito concernente il rapporto tra la prevista impugnazione per eccesso di potere delle deliberazioni che escludano o limitino il diritto di opzione e l'art. 2441, 3° comma c.c., per il quale il diritto di opzione può essere escluso o limitato solo se l'interesse sociale lo esige. L'art. 129 del progetto, mentre prevede l'abrogazione del 1° e del 2° comma dell'art. 2441, nulla dispone circa il terzo comma. La Relazione della Commissione sembra nel senso che la nuova disciplina interpreti e assorba il requisito richiesto dalla norma oggi vigente ([35]). Tale conclusione non sembra tuttavia di immediata percezione e andrebbe piuttosto esaminato se non si debba affermare, accanto alla impugnazione per indici tipici (in cui consiste l'eccesso di potere), la permanenza della possibilità di invalidare la deliberazione per la violazione dell'art. 2441, 3° comma, c.c. (specie ove si ritenga, con l'opinione che sembra più attendibile ([36]),

([33]) Cfr. FERRARA, *Sguardo generale alla riforma delle società di capitali,* in *Riv. soc.* 1966, 13.

([34]) Cfr. espressamente la *Relazione della commissione governativa* (in *Riv. soc.* 1966, 141).

([35]) V. in *Riv. soc.* 1966, 139.

([36]) MINERVINI, *Sulla tutela dell'«interesse sociale» nella disciplina delle deliberazioni, assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.* 1956, 16 (estr.); ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art.* 2441 *cod. civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. soc.* 1956, 94 ss.; NOBILI, *Contributo allo studio del diritto di opzione nelle società per azioni*, Milano, 1958, p. 212 ss.; *contra* MENGONI, *Interesse sociale ed esclusione del diritto di opzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 281 ss.

che quest'ultima norma legittimi un pieno giudizio di merito).

Un ultimo delicato quesito resta qui senza risposta. Precisamente il problema concernente le conseguenze della esistenza del vizio dell'eccesso di potere, con riferimento alla possibilità ed ai criteri di reintegrazione giudiziale dell'interesse patrimoniale leso del socio (particolarmente nelle deliberazioni concernenti gli utili) ed alla applicabilità dell'art. 14 del progetto relativo all'azione individuale di risarcimento (che letteralmente riguarda le deliberazioni contrarie alla legge o all'atto costitutivo, mentre l'art. 13 sembra configurare l'eccesso di potere come *tertium genus*). Anche tale problema può essere qui solo segnalato, rinviandone l'analisi ad altra indagine.

La disciplina del conflitto di interessi del socio (*) (**)

Sommario: 1. Quadro delle controversie in merito all'interpretazione della disciplina del conflitto di interessi assembleare (art. 2373 cod. civ.). – 2. Tesi che, nel rifiutare l'esame del merito da parte del giudice, circoscrive l'interesse particolare del socio ai casi connessi ad una posizione di controparte che il socio sia destinato ad assumere nei confronti della società. Ragioni di ordine storico portate a conforto della tesi. Inattendibilità delle assunte ragioni. La formazione dell'attuale disciplina e rapporti di questa con la normativa tedesca. – 3. Caratteri dell'interesse particolare del socio. Configurabilità dell'interesse particolare anche nelle fattispecie di conflitto fra soci nell'estraneità all'interesse sociale. – 4. Rilevanza dell'interesse per conto di terzi. Critica della dominante interpretazione restrittiva della formula legislativa. La formazione storica dell'inciso. – 5. L'interpretazione dell'interesse della società menzionato nell'art. 2373 cod. civ. Riferimento non al concreto ed obiettivo interesse del gruppo sociale nella singola operazione, ma a una nozione, pur obiettiva, ma più generale ed astratta di interesse. – 6. Inquadramento dell'orientamento accolto nella problematica dei rapporti tra ordinamenti particolari e giurisdizione statuale e raffronto con l'istituto dell'eccesso di potere in diritto pubblico. – 7. Possibile pluralità di significati dell'interesse della società. La formula dell'interesse dei soci come tali. Significato dell'interesse sociale (tipico) indicato nell'art. 2373. – 8. Relazione intercorrente fra i due termini: il conflitto. – 9. Diversità dell'impostazione accolta dalla tesi di Mengoni. Il conflitto tra soci nell'estraneità all'interesse sociale. Non riferibilità della disciplina del conflitto di interessi al principio della parità di trattamento degli azionisti. – 10. Divergenza dell'orientamento accolto dalla recente tesi di Pellizzi. L'interesse sociale come interesse alla produttività dell'impresa nell'orientamento di Pellizzi. – 11. Significato del requisito del danno potenziale per la società. Esso non indica semplicemente la direzione del voto esercitato dal socio di maggioranza. – 12. Rilevanza normativa del divieto di voto. Inesistenza di un potere del presidente dell'assemblea di escludere dalla votazione il socio in conflitto. Ragioni della conclusione accolta. – 13. Portata e *ratio* della disciplina contemplata nell'art. 2373 cod. civ. Distinzione dalle discipline del contratto con se stesso e del conflitto di interessi del rappresentante. Carattere non eccezionale della normativa e sua inquadrabilità in un principio più ampio.

(*) Estratto dalla *Rivista del diritto commerciale*, anno LVIII (1969), n. 9-10, Parte I, pp. 371-425.

(**) Il presente scritto è destinato agli *Studi in memoria di Roberto Bracco.*

1. Quadro delle controversie in merito all'interpretazione della disciplina del conflitto di interessi assembleare (art. 2373 cod. civ.)

Al di là della concordia che l'interpretazione della disciplina del conflitto di interessi assembleare (art. 2373 cod. civ.) sembra trovare in prima approssimazione, un'analisi più approfondita consente di rilevare che non vi è elemento della disposizione legislativa, il cui significato non sia largamente controverso: con la conseguenza che manca ogni sicuro termine di riferimento per determinare la portata complessiva e le finalità della disciplina.

Con riferimento all'interesse personale – che costituisce il primo termine del conflitto sanzionato nell'art. 2373 cod. civ. – si conviene unanimemente che esso non va identificato in un mero atteggiamento psicologico ([1]). Ma quando si passa a una positiva determinazione del significato del termine, emerge subito la controversia se l'interesse, per assumere rilevanza giuridica *ex* art. 2373, debba presentarsi connesso – come ritiene un'attenta dottrina – ad una posizione di controparte che l'azionista sia destinato ad assumere nei confronti della società ([2]) ovvero vada accertato sulla base non di un'esteriore posizione negoziale del socio, ma del concreto ed effettivo contenuto della deliberazione ([3]). Altri, senza ulterior-

---

([1]) MINERVINI, *Sulla tutela dell'«interesse sociale» nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, *in Riv. dir. civ.*, 1956, 316; BIGIAVI, *Elezione di nuovi amministratori con il voto di amministratori revocati in seguito ad azione sociale di responsabilità*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 495; MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. società*, 1956, 448-450; MIGNOLI, *La protezione della minoranza nel diritto inglese* [ed. provv.], Milano, 1960, p. 77; TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1957, p. 177; SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Milano, 1961, pp. 345-346 e nota 1; GRAZIANI, *Diritto delle società*[5], Napoli, 1963, p. 334; JAEGER, *L'interesse sociale*, *Milano*, 1964, p. 113; SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, p. 278; ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967, p. 52 sgg; v. anche GUERRA, *Le società di partecipazione*, Milano, 1957, p. 1242. Rileva che non è facile scindere nettamente la nozione subiettiva di interesse da quella obiettiva WEILLER, *Il conflitto d'interessi nelle società*, in *Foro pad.*, 1946, II, 34; cfr., sull'elemento psicologico che pone gli azionisti in antitesi con la società, FRÈ, *Società per azioni*[3], in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1962, art. 2373, p. 309. Carattere rigidamente soggettivo viene attribuito all'interesse da MICCIO, *Interesse sociale e interesse individuale del socio nelle società di capitali*, in *Giur. cass. civ.*, 1953, 4° bim., 92.

([2]) MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 448; TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 178-180; SENA, *op. cit.*, pp. 362 e 366; JAEGER, *op. cit.*, pp. 210-211; SANTAGATA, *op. cit.*, *loc. cit.;* MAISANO, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 1968, pp. 57-58; v. anche NOBILI, *Contributo allo studio del diritto d'opzione nelle società per azioni*, Milano, 1958, p. 226 (che però estende la disciplina anche «al caso di conflitto desumibile da indici tipici preesistenti alla deliberazione»).

([3]) MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1956, 320; ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, cit., p. 44 sgg.; FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*[4], Milano, 1962, p. 413; WEILLER, *op. cit.*, *loc. cit.*

mente precisare, osserva che l'interesse del socio deve essere valutato tipicamente ([4]).

Nell'interpretazione dell'altro termine del conflitto (l'interesse della società), la concordia si arresta alla constatazione che il legislatore non ha dato rilevanza a un interesse istituzionale ([5]). Anche qui, ove si ricerchi il significato positivo del termine legislativo, si scorge che esso viene ora risolto nell'interesse obiettivo del gruppo in una determinata e concreta operazione ([6]), ora interpretato come interesse comune dei soci valutato tipicamente ([7]) o interesse del socio come tale ([8]),

---

([4]) ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. società*, 1956, 95.

([5]) FERRI, *Interesse della società e interesse dei soci nella società con unico azionista*, in *Dir. e prat. comm.*, 1943, II, 74-76; ID., *Validità dei sindacati azionari di amministrazione*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1949, I, 16-17; ID., *Poteri della maggioranza e diritti del socio*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1952, II, 163-164; ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 123; ID., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, *ivi*, p. 163 sgg.; SENA, *op. cit.*, pp. 355-356; MENGONI, *Appunti per una revisione*, cit., in *Riv. società*, 1956, 442-443; MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1956, 318-320; MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. società*, 1958, 742; LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, p. 323 sgg.; JAEGER, *op. cit.*, p. 212. V. però ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. società*, 1959, 631, che accoglie un'impostazione «non necessariamente vincolata alla nozione contrattualistica o istituzionalistica della società; ma che tiene presente che la società è insieme contratto ed organizzazione, nella disciplina della quale la legge ha la prevalenza sul contratto». Sui vari significati dell'interesse sociale nella dottrina tedesca v., da ultimo, ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, München-Berlin, 1963, p. 18 sgg.

([6]) MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1956, 320; WEILLER, *Il conflitto d'interessi*, cit., in *Foro pad.*, 1946, II, 63-64 e 42 (ove pone il problema «se sia nell'interesse di una grande società siderurgica di creare un proprio giornale quotidiano»); BRACCO, *La esclusione del diritto di opzione nelle società in accomandita per azioni*, in questa *Rivista*, 1962, II, 181, nota 24; ROMANO M., *op. cit.*, p. 44 sgg. V. anche DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli atti delle società*, in questa *Rivista*, 1953, I, 48 e nota 62.

([7]) ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civile*, cit., in *Riv. società*, 1956, 95; adesivamente BIGIAVI, *Elezione di nuovi amministratori*, cit., in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 497 e 500; JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 182; BIGLIAZZI-GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 305 sgg.

([8]) ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza*, cit., in *Studi in tema di società*, pp. 122-123; ID., *Interesse sociale e interesse comune*, cit., *ivi*, pp. 163-164; MENGONI, *Appunti per una revisione*, *cit.*, *in Riv. società*, 1956, 443; GRAZIONI, *L'art. 2409 cod. civ. è applicabile alle società cooperative?* in *Riv. società*, 1956, 88; VISENTINI, *Osservazioni sulla nominatività delle azioni in relazione all'art. 2393 cod. civ.*, in *Riv. società*, 1957, 443; GUERRA, *Le società di partecipazione*, cit., p. 138; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, pp. 240-242; cfr. già DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1938, n. 298, p. 395. Fa anche riferimento all'«interesse dei soci come tali» MINERVINI, *Deliberazione assunta da tutti i soci in conflitto di interessi con la società?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 585, ma nel senso di interesse comune «in relazione funzionale con lo scopo sociale».

ora riportato allo scopo della società ([9]). Si può osservare che alla valutazione concreta dell'interesse personale fa riscontro, in generale, una considerazione concreta anche dell'interesse sociale ([10]), mentre chi opta per una valutazione tipica del primo termine ritiene corrispondente una considerazione tipica del secondo ([11]). Da altri però, mentre si richiede, per il socio, la preesistenza di una situazione obiettiva connessa alla posizione di controparte, si lascia indefinita la configurazione dell'interesse sociale, riferito ora ad un dato tipico, dipendente dalla struttura societaria ([12]), ora al dato concreto dell'obiettivo interesse in una determinata operazione ([13]).

D'altra parte, quando si fa menzione del carattere tipico dell'interesse sociale ([14]) non viene chiarito se tale connotato debba intendersi nel senso di astrazione da finalità e moventi subiettivi ([15]) ovvero comporti una rilevabilità dell'interesse attraverso indici tipici ([16]) o indichi infine un riferimento alla tipica struttura giuridica societaria. La stessa ambiguità è percepibile a proposito del carattere dell'astrattezza, che talora viene attribuito all'interesse comune. Così, mentre una dottrina, nel precisare che l'interesse sociale è comune in senso obiettivo e astratto ([17]), non intende escludere il carattere concreto dell'interesse in quanto determinato in relazione ad una concreta operazione economica, ma solo negare la rilevanza dei moventi concreti dei singoli soci ([18]), altra dottrina dichiara bensì di aderire a tale orientamento, ma lo interpreta nel senso che sia giuridicamente rilevante non l'interesse sociale concreto in una determinata operazione, ma l'interesse tipico, che unisce i soci dalla fondazione della società al suo scioglimento ([19]).

([9]) MICCIO, *Interesse sociale e interesse individuale*, cit., in *Giur. cass. civ.*, 1953, 4° bim., 94 sgg.; v., in generale, MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., in *Riv. società*, 1958, 748-749.

([10]) MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 319-320; ROMANO M., *op. cit.*, p. 45 segg.; WEILLER, *op. cit.*, in *Foro pad.*, 1946, II, 34 sgg. e 63-64.

([11]) ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civ.*, cit., in *Riv. società*, 1956, 95; BIGIAVI, *op. cit.*, *loc. cit.*

([12]) V. in MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 446 e 448; JAEGER, *op. cit.*, p. 182.

([13]) V. in MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 443 e 457; JAEGER, *op. cit.*, pp. 212-213.

([14]) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, che contrappone l'art. 2373 all'art. 2441 cod. civ., che invece «si riferisce all'interesse sociale della deliberazione presa nel caso concreto».

([15]) Tale appare l'interpretazione data da MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 320.

([16]) V. ROMANO M., *op. cit.*, p. 41 sgg. (che respinge tale nozione di interesse sociale).

([17]) MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 319-320.

([18]) MINERVINI, *op. cit.*, *loc. cit.* Tale dottrina identifica infatti l'interesse sociale «nella realizzazione di quanto è idoneo a soddisfare lo scopo sociale».

([19]) MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., in *Riv. società*, 1958, 748 («L'interesse sociale ... è l'interesse che si pone a che, attraverso l'attuazione dell'oggetto sociale, siano conseguiti degli utili,

Pure il tipo di relazione intercorrente fra i due termini in conflitto è controverso. In conseguenza anche del diverso significato attribuito ai due poli della relazione, si oscilla tra la richiesta di una semplice divergenza fra gli interessi del socio e della società ([20]) e la convinzione che sia necessaria una relazione tipica di incompatibilità ([21]).

Incerta è ancora l'interpretazione del rapporto tra il 1° e il 2° comma della disposizione, con riferimento al requisito del danno potenziale per la società. Chi postula una valutazione concreta ed obiettiva dell'interesse sociale tende a ritenere che il danno rappresenti la lesione dell'interesse sociale considerato nel 1° comma. Il verificarsi del pregiudizio significherà quindi che con il voto si è data la prevalenza all'interesse personale rispetto all'interesse della società ([22]). Chi propone invece una considerazione tipica dell'interesse sociale riterrà che il danno rappresenti un requisito autonomo, comportando la lesione di un concreto interesse patrimoniale ([23]).

L'interpretazione data ai due interessi contrapposti e al danno incide altresì sulla valutazione dei casi di lesione della minoranza nella c. d. neutralità dell'interesse sociale. A seconda del significato attribuito all'interesse del socio, tali casi saranno infatti inquadrabili nel sistema dell'art. 2373 ovvero, come ritenuto dalla più diffusa dottrina, in un diverso sistema subiettivo, fondato sulla rilevanza dei motivi ([24]). In relazione al significato dato all'interesse sociale e al danno potrà

---

nel che risiedono la causa giuridica e lo scopo finale del contratto di società… È, in altre parole, il minimo comune denominatore, che unisce i soci dalla fondazione della società al suo scioglimento: il cui contenuto – una volta fissata la sua correlazione ad uno scopo tipico – non ha bisogno, di un'ulteriore specificazione, come si è invece empiricamente tentato»).

([20]) MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 321; ROMANO M., *op. cit.*, p. 44.

([21]) MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 445-446; JAEGER, *op. cit.*, p. 209; SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit., pp. 277-278; già MESSINEO, *Impugnativa di delibera di fusione e interesse di singoli soci*, in *Riv. società*, 1956, 225.

([22]) Cfr. MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 325; ROMANO M., *op. cit.*, p. 46 sgg.

([23]) Cfr. ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civ.*, cit., in *Riv. società*, 1956, 95. Per JAEGER, *op. cit.*, pp. 212-213, non costituirebbero oggetto di apprezzamento autonomo da parte del giudice né l'interesse sociale («in quanto egli deve soltanto esaminare se esista una situazione tale da configurare fra socio e società una tipica relazione di incompatibilità di interessi», né il danno («data la relazione di incompatibilità assoluta esistente fra interesse del socio e interesse della società, il perseguimento del primo comporta automaticamente un pericolo di danno, e la sua realizzazione anche parziale un danno attuale, per la società»); ma v. la critica di ROMANO M., *op. cit.*, p. 44, nota 26, che rileva come vi sia un inconsapevole passaggio da una considerazione di interessi tipici a una contrapposizione di interessi concreti.

([24]) Per la seconda alternativa cfr. MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 331 sgg.; BIGIAVI, *Elezione di nuovi amministratori*, cit., in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 495 sgg.; MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 452 sgg.; TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, cit., p. 185 sgg.; JAEGER, *op. cit.*, pp. 194 sgg. e 267; v. anche ASCARELLI, *op. ult. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 97.

inoltre rispondersi al quesito se sia concepibile un danno per la minoranza, che non passi attraverso la lesione dell'interesse sociale. Se infatti si ritenesse, con autorevole dottrina, che l'abuso a danno della minoranza comporta necessariamente la lesione dell'interesse comune ([25]), si dovrebbe concludere che anche in tali casi è configurabile il conflitto sanzionato nell'art. 2373 cod. civ.

Ancora, secondo che si affermi o si neghi il potere del presidente dell'assemblea di escludere dal voto il socio in conflitto di interessi, si affermerà o si negherà la rilevanza giuridica autonoma del 1° comma dell'articolo 2373, che non prevede testualmente un'immediata sanzione giuridica al divieto di voto. Dalla soluzione del quesito conseguirà l'attribuzione di un diverso significato alla portata complessiva e alle finalità della disposizione legislativa.

La portata riconosciuta alla disciplina giuridica determina, d'altra parte, gli orientamenti sulla possibilità di una sua applicazione analogica. Mentre la via dell'analogia è aperta per chi ritiene che la norma si riporti a un principio più ampio ([26]), a opposta conclusione dovrà giungere chi assume che la disposizione costituisce eccezione ai principi generali. Ma anche sul fondamento dell'assunto carattere eccezionale si manifestano orientamenti contrastanti. Mentre, da un lato, si afferma che la norma rappresenta un'eccezione al principio, per il quale il giudice non ha il potere di esaminare il merito delle deliberazioni assembleari ([27]), per altri la norma sarebbe bensì eccezionale, ma per il fatto opposto che nega la sindacabilità del fine perseguito con il voto ([28]). Per un'autorevole dottrina, infine, la disposizione rappresenta un'eccezionale restrizione al principio generale della libertà di determinazione del titolare del diritto di voto ([29]).

([25]) MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 446 e 455-456; cfr. LIBONATI, *Holding e investment trust*, cit., pp. 337-338.

([26]) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 97; MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 460; ROSSI, *Utile di bilancio riserve e dividendo*, Milano, 1957, p. 209; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., p. 244; JAEGER, *op. cit.*, p. 219 (ma v. p. 213 in fine); più in generale, già CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano, 1942, pp. 114-115.

([27]) JAEGER, *op. cit.*, p. 213; e v. MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 450. Sul tema della rilevanza del profilo funzionale, ritiene vi sia una implicita presa di posizione restrittiva della legge MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 334.

([28]) SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, cit., p. 359: «L'art. 2373 è dunque una norma eccezionale, ma non perché rappresenti un limite (eccezionale) alla libertà di determinazione del socio, ma al contrario perché rappresenta un limite alla sindacabilità dell'interesse svolto col voto».

([29]) MESSINEO, *Impugnativa di delibera di fusione*, cit., in *Riv. società*, 1957, 244-245; cfr. ROMANO M., *op. cit.*, pp. 76 («Il carattere eccezionale dell'art. 2373 è dato, allora, dalla restrizione della libertà di determinazione del socio») e 80 («la norma, per la sua eccezionalità, non è suscettibile di applicazione al di fuori dei casi in essa indicati»); v. però a p. 81, nota 76 («pare indubbio che la posizione del limite alla libertà del socio, introdotta dall'art. 2373, abbia portata generale»).

È chiaro che, dinanzi all'arco di divergenze sin qui descritto, l'individuazione del ruolo che la disciplina del conflitto di interessi assembleare svolge per la repressione dei comportamenti abusivi dei soci nell'ordinamento delle società per azioni richiede che, in primo luogo, siano precisati l'esatto significato e la portata della disciplina legislativa. A questa indagine sono quindi dedicate le pagine successive.

2. Tesi che, nel rifiutare l'esame del merito da parte del giudice, circoscrive l'interesse particolare del socio ai casi connessi ad una posizione di controparte che il socio sia destinato ad assumere nei confronti della società. Ragioni di ordine storico portate a conforto della tesi. Inattendibilità delle assunte ragioni. La formazione dell'attuale disciplina e rapporti di questa con la normativa tedesca

Quando si afferma che i due interessi contrapposti del socio e della società devono essere valutati in relazione all'effettivo contenuto di una concreta deliberazione ([30]), si riconosce con ciò stesso al giudice il potere di compiere un pieno riesame del merito ([31]). A delimitare il potere giudiziale, non varrebbe il rilievo che l'indagine di merito è preordinata ad un controllo di legittimità, se è vero che qui tale considerazione assumerebbe solo l'ovvio significato che la valutazione di merito è, nel caso, consentita da una norma di legge. Alla individuazione dell'interesse sociale da parte dell'assemblea si sovrapporrà l'apprezzamento del giudice: questi determinerà, in base ai dati tecnico-economici, l'obiettivo interesse sociale in una data operazione e discriminerà, nell'àmbito dei molteplici interessi che legittimamente concorrono a determinare il voto del socio, quegli specifici interessi personali, che si pongono in conflitto con l'interesse sociale.

Ma in opposizione a tale orientamento, che pone in crisi il principio dell'autonomia societaria – al quale pure il legislatore si è ispirato nel complesso della disciplina delle società per azioni – ha avuto largo seguito una diversa interpretazione della disciplina, diretta a porre una barriera preliminare, che indirettamente precluda al giudice l'indagine di merito: impostazione fondata essenzialmente su dati ricavati dalla ricognizione storica, grazie ai quali si è rigidamente circoscritto l'interesse particolare del socio indicato nell'art. 2373[1].

Si è così ricordato che le esigenze, che hanno condotto a postulare l'attuale disciplina legislativa, riguardavano casi in cui il socio dovesse stipulare contratti

([30]) MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 319-320; ROMANO M., *op. cit.*, p. 45 sgg.

([31]) Cfr. MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 331-332.

con la società ([32]). In tal senso, nel vigore del codice di commercio, si proponeva autorevolmente di fondare in via analogica l'invalidità della deliberazione presa con il voto determinante del socio in conflitto richiamando i principi del contratto con se stesso ([33]). Si è aggiunto che all'origine della disciplina del conflitto di interessi assembleare è pure il § 252 H.G.B., nel quale erano regolate ipotesi nelle quali il socio assumeva una posizione di controparte nei confronti della società ([34]). La conclusione, che si è tratta, è che l'interesse particolare del socio *ex* art. 2373 cod. civ. si connette ad una posizione di controparte che, secondo l'oggetto della deliberazione, il socio sia destinato ad assumere nei confronti della società ([35]). Il conflitto è configurabile pertanto solo quando il socio si trovi in una posizione oggettiva tale da rivelare in maniera tipica la possibilità del conflitto ([36]).

In tal modo circoscritto l'interesse personale, questo si pone tipicamente in conflitto con l'interesse sociale, comunque quest'ultimo venga determinato. Si è offerta, in altri termini, un'interpretazione dell'interesse del socio, per la quale non è necessario individuare, con valutazione autonoma, il contrapposto interesse della società ([37]). Si comprende pertanto come, nelle esemplificazioni fornite dalla dottrina, si possa passare indifferentemente da una nozione tipica ad altra concreta dell'interesse sociale senza avvertire la diversità delle due accezioni. Salvo poi, dopo avere rigidamente circoscritto la sfera di applicazione della disciplina, a ricercarne un'applicazione analogica ai casi esclusi, così tornando a richiedere quel pieno riesame del merito che, con quell'interpretazione, si era inteso evitare.

Per una valutazione delle conclusioni appena riferite, è necessario accertare l'attendibilità delle assunte premesse di ordine storico.

Nel codice di commercio erano stabilite talune ipotesi, nelle quali il socio non era legittimato al voto in assemblea: precisamente, per i soci amministratori, vigeva il divieto di voto nelle deliberazioni di approvazione dei bilanci e in quelle riguardanti la loro responsabilità (art. 161) ([38]). Nel codice di commercio tedesco

---

([32]) JAEGER, *op. cit.*, p. 210; TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 177-179; e v. MIGNOLI, *La proiezione della minoranza nel diritto inglese*, cit., p. 69 sgg.

([33]) ASQUINI, *Conflitto d'interessi tra socio e società nelle deliberazioni di assemblea nelle società per azioni*, in *Scritti giur.*, vol. I, Padova, 1936, p. 168 sgg.

([34]) V. MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 448; cfr. MIGNOLI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.;* JAEGER, *op. cit.*, *loc. cit.*, e nota 67.

([35]) MENGONI, *op. cit.*, *loc. cit.*, Cfr. la dottrina citata dietro, alla nota 2.

([36]) MENGONI, *op. cit.*, *loc. cit.;* JAEGER, *op. cit.*, p. 211 (il quale inoltre collega a tale posizione l'esigenza di incompatibilità assoluta tra i due interessi del socio e della società).

([37]) Cfr. espressamente JAEGER, *op. cit.*, pp. 212-213.

([38]) V. però, circa la partecipazione alla votazione del bilancio, la deroga stabilita dall'art. 3 R, D. 22 aprile 1920, n. 496 per le azioni nominative extracauzionali: ORAZIANI, *Sul conflitto di inte-*

(§ 252), con una disciplina più ampia, era vietato il voto al socio nelle deliberazioni concernenti il proprio esonero da responsabilità, la liberazione da un'obbligazione, la conclusione di un negozio ovvero l'inizio o la transazione di una lite con la società ([39]). In dipendenza di tali norme, il socio, nelle ipotesi previste, perdeva la legittimazione al voto, con conseguente nullità del voto esercitato malgrado il divieto ([40]). Ambedue le discipline – come veniva concordemente rilevato – si ispiravano al principio che non si può essere, al medesimo tempo, giudice e parte (*nemo iudex in causa propria*) ([41]): le fattispecie si presentavano infatti con-

---

ressi tra azionista e società nelle anonime, ora in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, pp. 549-550.

([39]) La disciplina era stata parzialmente introdotta nell'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (A D H G B)* del 24 giugno 1861 con la novella 18 luglio 1884, che considerava le ipotesi indicate nel testo escluse quelle concernenti una lite con la società: «Wer durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, hat hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für andere ausüben. Dasselbe gilt von einer Beschlussfassung, welche die Eingehung eines Rechtsgeschäfts mit ihm betrifft» (art. 190 Abs. 3 in tema di società in accomandita per azioni, richiamato dall'art. 221 Abs. 2 per le società per azioni). In proposito, v. ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, cit., pp. 146-147.

La disciplina prevista nel § 252 H.G.B. è stata riprodotta, con una diversa formulazione e con l'esclusione dell'ipotesi della conclusione di un negozio, nel §114 Abs. 5 AktG. 1937 e ora nel § 136 Abs. 1 AktG. 1965 (sull'eliminazione della fattispecie più importante, relativa alla conclusione di un negozio con la società, la quale, del resto, aveva già ricevuto un'interpretazione fortemente restrittiva, essendosi fatto largamente rilevare che la norma, con l'inibire drasticamente il voto, finiva con il rimettere alla minoranza e talora impedire la conclusione di contratti utili alla società, v. ZÖLLNER, *op. cit.*, p. 224 sgg.). V. un altro caso particolare di divieto di voto nel § 118 Abs. 1 AktG. 1937 e ora nel § 142 Abs. 1 AktG. 1965.

Va inoltre osservato che la possibilità di estendere per analogia la disciplina del divieto di voto a ipotesi non previste era pressoché concordemente esclusa dalla dottrina tedesca (SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, *Aktiengesetz*[3], Berlin, 1939, § 114, Anm. 18; PINNER, in *Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin-Leipzig, 1926, § 252, Anm. 23 e 31 b; con riferimento all'analogo § 34 BGB dettato per le *Vereine* v. OERTMANN. *Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*[3], Berlin, 1927, § 34, Anm. 2 b, p. 134.

Analogamente la prevalente dottrina e la giurisprudenza italiana ritenevano che il divieto di voto stabilito nell'art. 161 cod. comm. avesse carattere eccezionale: v. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, pp. 313-314; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*[3], vol. II, Milano, 1929, n. 578 bis, p. 312; Cass., 19 aprile 1937, n. 1185, in *Foro it.*, 1937, I, 572; *Contra* ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*[3], Roma, 1936, p. 257.

([40]) V. ampiamente DONATI, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, p. 177 sgg. Con riferimento alla disciplina tedesca cfr. ZÖLLNER, *op. cit.*, p. 364 e alla nota 13 ampie citazioni.

([41]) FRÈ, *op. ult. cit.*, p. 313; cfr. BIGIAVI, *Elezione di nuovi amministratori*, cit., in *Giur. it.*, 1956,1, 1, 492-493. Per la dottrina tedesca cfr. ZÖLLNER, *op. cit.*, pp. 157 sgg. (ove lo stato della letteratura) e 268.

nesse ad una posizione di controparte che, secondo l'oggetto della deliberazione, il socio si trovava ad assumere ([42]).

Va ricordato ancora che nel codice di commercio italiano era prevista, con riferimento al consiglio di amministrazione, anche una fattispecie di carattere generale, sulle orme della legge belga ([43]) e in sostituzione di una precedente incompatibilità a rivestire la carica di amministratore stabilita per talune ipotesi di più grave sospetto ([44]). Precisamente, era disciplinato il caso in cui gli amministratori di una società anonima si trovassero in opposizione di interessi con la società (art. 150). L'amministratore che, in una determinata operazione, avesse interesse contrario a quello della società, doveva darne notizia agli altri amministratori ed ai sindaci ed astenersi da ogni deliberazione riguardante l'operazione. La deliberazione doveva essere quindi sottoposta all'approvazione dei sindaci: con la sanzione, in caso di mancata approvazione, della responsabilità degli amministratori, che avessero preso parte alla deliberazione, per le perdite derivanti alla società dall'esecuzione della deliberazione. La legge belga, con una disciplina analoga, prevedeva il ricorso all'approvazione assembleare: parallelamente, per questo riguardo, alla norma adottata dal legislatore francese per l'ipotesi di convenzioni tra amministratore e società ([45]).

Secondo la concorde giurisprudenza e la prevalente dottrina, il meccanismo giuridico operante nell'art. 150 cod. comm. era diverso da quello stabilito per i casi di divieto di voto. Il conflitto di interessi non conduceva alla nullità del voto dell'amministratore interessato, ma alla responsabilità per le perdite eventualmente subite dalla società ([46]). Inoltre, con l'affidare ai sindaci la valutazione dell'atto

---

([42]) Ciò poteva ritenersi anche per le deliberazioni di approvazione del bilancio, in quanto, secondo la dottrina dominante, queste importavano – diversamente da quanto ora disposto nell'art. 2434 cod. civ. – approvazione dell'operato degli amministratori: v. SOPRANO, *L'assemblea generale degli azionisti*, Milano, 1914, n. 163 sgg., p. 199 sgg.; VIVANTE, *op. cit.*, n. 579, p. 313; NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*[3], vol. II, Torino, 1937, n. 770, p. 141; VIDARI, *Corso di diritto commerciale*[3], vol. II, Milano, 1901, nn. 1399-1400, pp. 234-235 (che fa salvo il caso di frode o colpa grave); MARGHIERI, *Il diritto commerciale italiano*[3], vol. II, Napoli, 1887, nn. 971-973, p. 240; v. però DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., n. 290, pp. 373-375.

([43]) Art. 50 L. 18 maggio 1873 (ora art. 60 L. 30 novembre 1935): cfr. Relaz. Guardasigilli al cod. comm. 1882, § 300. V. SALANITRO, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milano, 1965, p. 6, nota 7 e p. 27, nota 42; ROMANO M., *op. cit.*, p. 31 sg.

([44]) Art. 138 cod. comm. 1865.

([45]) Art. 40 L. 24 luglio 1867. L'art. 10 L. 4 marzo 1943 ha poi sostituito al controllo dell'assemblea quello del consiglio di amministrazione (cfr. ora art. 101 L. 24 luglio 1966): v. MOREAU, *La société anonyme*[2], tome III, Paris, 1960, n. 117, pp. 75-76.

([46]) SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*[2], Firenze, 1899, n. 50, p. 180; VIDARI, *Corso di diritto commerciale''*, vol. II, cit., n. 1277, p. 147; SOPRANO, *Della responsabilità civile e penale degli amministratori di società per azioni*, Milano-Torino-Roma, 1910, n. 16, p. 45; NAVAR-

che gli amministratori avrebbero dovuto compiere, si intendeva garantire sia che l'apprezzamento degli interessi contrapposti fosse compiuto da un organo imparziale, sia che il contrasto fosse valutato e risolto nell'ambito dello stesso ordinamento sociale. Il procedimento di approvazione della deliberazione da parte dei sindaci comportava infatti una piena e concreta valutazione del conflitto, e quindi sia dell'interesse dell'amministratore, sia del concreto interesse della società nell'operazione considerata ([47]). Se l'operazione fosse stata vantaggiosa per la società, i sindaci avrebbero approvato la deliberazione ([48]).

Un'autorevole corrente dottrinale, rimasta però circoscritta, riteneva invece che anche nella fattispecie prevista dall'art. 150 cod. comm. dovesse essere dichiarata la nullità della deliberazione. Essa risolveva quindi anche tale ipotesi in un difetto di legittimazione al voto, al pari dei casi previsti nell'art. 161 cod. comm. e nel § 252 H.G.B. ([49]). E un'acuta dottrina ricercava il fondamento giuridico della tesi nei principi sulla invalidità del contratto con se stesso. A tale scopo, i casi di contrasto di interessi venivano limitati alle fattispecie in cui dovesse compiersi un'operazione tra l'amministratore e la società ([50]).

A questo indirizzo veniva però esattamente opposto che la disciplina del conflitto di interessi aveva una sfera di applicazione più ampia di quella riconducibile alla figura del contratto con se stesso (e cioè ai casi in cui l'amministratore si trovasse, direttamente o per conto di terzi, in posizione di controparte nei confronti della società), dato che la norma poteva applicarsi anche al di fuori di ogni ipotesi contrattuale ([51]). Sotto un profilo di politica legislativa, poi, non si riteneva giustificata l'invalidità di una deliberazione presa con il voto degli amministratori in conflitto, ma vantaggiosa per la società ([52]): conclusione peraltro inevitabile se si fosse ammessa la nullità del voto, non essendovi alcuna disposizione che consen-

---

RINI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Milano, 1924, n. 352, p. 558; cfr. ora GRECO, *Atti invalidi degli amministratori e legittimazione ad agire nei rapporti sociali interni*, in *Riv. società*, 1963, 819, nota 53.

([47]) Cfr. NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., n. 353 bis, p- 560.

([48]) NAVARRINI, *op. cit.*, n. 352, p. 558; SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, vol. II, Torino, 1934, n. 667, p. 692.

([49]) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*[5], cit., vol. II, n. 561, p. 293 (v. anche n. 498, p. 230); ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*[3], cit., pp. 292-293.

([50]) ASQUINI, *Conflitto d'interessi*, cit., in *Scritti giur.*, vol. I, pp. 168-169.

([51]) SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit., vol. I, n. 568, pp. 578-579; cfr. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., p. 362, che considera la posizione di controparte contrattuale come uno dei casi riferibili all'art. 150 cod. comm. In senso critico nei confronti della tesi di ASQUINI v. anche DONATI, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, cit., pp. 196-198.

([52]) V. NAVARRINI, *op. cit.*, *loc. cit.*

tisse di escludere l'invalidità in caso di mancanza di danno ([53]).

In effetti, i due sistemi normativi del divieto di voto e del conflitto di interessi, malgrado tali tentativi di accostamento, si fondavano su presupposti diversi e avevano una diversa portata. Nei casi di divieto di voto in assemblea era possibile un immediato controllo *ex ante* della sussistenza delle fattispecie, in base a precisi indici formali; né la successiva dichiarazione di nullità del voto invadeva la sfera del merito. Nel caso di contrasto di interessi in seno al consiglio di amministrazione, il sindacato investiva invece necessariamente profili tecnici ed economici; si prevedeva quindi un procedimento interno e si affidava il controllo a soggetti disinteressati nell'àmbito dello stesso ordinamento sociale. Il sindacato di merito dell'autorità giudiziaria riguardava solo la valutazione delle eventuali perdite subite dalla società, conformemente a quanto avviene in ogni giudizio di responsabilità per danni.

La nuova disciplina del conflitto di interessi assembleare, che troverà sanzione definitiva nell'art. 2373 cod. civ., si viene delineando nei successivi progetti di riforma del codice di commercio. Per la prima volta, nell'art. 215 prog. Vivante 1921 viene fissato il principio che nessuno può prendere parte alle deliberazioni che riguardino un proprio interesse particolare ([54]). Successivamente, nell'art. 207 prog. D'Amelio 1925, con una formula analoga a quella adottata per gli amministratori (art. 192), si stabilisce che il socio, che in una determinata operazione abbia interesse contrario a quello della società, deve astenersi da ogni deliberazione riguardante l'operazione stessa. Nel progetto, mantenendo il parallelismo con la disciplina prevista per gli amministratori e ponendo una norma, che non troverà riscontro nel codice civile 1942, viene anche sancita la responsabilità personale del socio per i danni derivanti alla società dalla violazione dell'obbligo di astensione ([55]).

([53]) Da altro orientamento si sosteneva che la nullità del voto (o della deliberazione) avrebbe dovuto bensì essere affermata, ma in virtù di principi non riferibili direttamente all'art. 150 cod. comm.: così in virtù del vincolo dell'interesse comune, desumibile dalla natura stessa della deliberazione assembleare e della società (SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit., vol. I, n. 568, pp. 578-579) o attraverso la teoria dell'abuso o dell'eccesso di potere. In tal modo la nullità veniva collegata non al conflitto con un interesse personale, ma a ogni apprezzamento manifestamente erroneo dell'interesse sociale (in senso contrario v. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., n. 297, p. 392 sgg.).

([54]) Art. 215 co. 1: «Nessuno può prendere parte per conto proprio o di altri alle deliberazioni che riguardano un proprio interesse particolare o quello del proprio mandante».

([55]) Art. 207: «Il socio che in una determinata operazione ha per conto proprio o per conto di terzi interesse contrario a quello della società, deve astenersi da ogni deliberazione, riguardante l'operazione stessa.

Il socio che contravviene a questa disposizione, qualora senza il suo voto non si sarebbe raggiunta la maggioranza, è responsabile dei danni che ne derivano alla società».

Nel progetto Asquini 1940 la disciplina del conflitto di interessi assembleare riceve ulteriore elaborazione. Eliminato il riferimento ad una determinata operazione, viene previsto il divieto di voto nelle deliberazioni in cui il socio abbia un interesse contrario a quello della società. Alla responsabilità personale dell'azionista subentra l'impugnabilità della deliberazione presa con il voto determinante del socio in conflitto (art. 227) ([56]). Si configura così un ulteriore caso di difetto di legittimazione al voto, sullo stesso piano, quanto allo strumento giuridico adottato, delle altre due ipotesi previste nel codice di commercio e riprodotte nel progetto (voto dei soci-amministratori nell'approvazione dei bilanci e nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità). Anche testualmente le tre fattispecie vengono riunite in una medesima disposizione e viene unificata la comune conseguenza della impugnabilità della deliberazione. Sotto il profilo dogmatico, può quindi trovare giustificazione – in conformità a quanto sostenuto, sotto il vigore del codice di commercio, dal giurista cui il progetto deve il nome – l'accostamento della disciplina del conflitto di interessi ai casi di divieto di voto già previsti nel codice di commercio e nel § 252 H.G.B.

L'avvicinamento viene meno però con la definitiva formulazione della norma nel libro del lavoro. Pur con limitate variazioni testuali, viene esclusa la risoluzione della disciplina del conflitto nel difetto di legittimazione al voto. Sulle orme del § 197 Abs. 2 Akt G 1937 e in adesione all'invito di autorevole dottrina ([57]), viene richiesto, ai fini dell'annullamento della deliberazione e per il solo caso di conflitto di interessi, l'ulteriore requisito del danno potenziale della società. Si intende impedire l'annullamento nelle ipotesi in cui la deliberazione, pur se presa con il voto determinante del socio in conflitto, non arrechi in concreto pregiudizio alla società. Sotto il profilo testuale, il conflitto di interessi viene di nuovo distaccato dal divieto di voto per il socio amministratore nelle deliberazioni concernenti la sua responsabilità, mentre scompare il caso di difetto di legittimazione relativamente al voto sui bilanci ([58]).

([56]) Art. 227: «Il diritto di voto non può essere esercitato dal socio per le deliberazioni in cui egli ha per conto proprio o per conto di terzi un interesse contrario a quello della società.

I membri del consiglio di amministrazione non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità, né nelle deliberazioni relative all'approvazione del bilancio.

In caso di contravvenzione alle disposizioni del presente articolo, la deliberazione è impugnabile se, senza il voto dei soci o degli amministratori che avrebbero dovuto astenersi dal parteciparvi, non si sarebbe raggiunta la necessaria maggioranza».

([57]) DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., p. 396.

([58]) Sulle ragioni della scomparsa del divieto di voto relativamente all'approvazione dei bilanci v. Relaz. al cod. civ. n. 971.

Circa il conflitto di interessi nel consiglio di amministrazione, sia nel progetto Vivante (art. 201) che in quello d'Amelio (art. 192), prendendo atto dell'inefficienza del controllo sindacale previsto nel codice di commercio, si elimina tale procedimento, senza però stabilire, oltre alla responsabilità

Se si traggono ora le fila della ricognizione storica sin qui compiuta è agevole rilevare che la tesi, che circoscrive l'interesse del socio *ex* art. 2373 cod. civ. ai casi in cui esso si presenti connesso ad una posizione di controparte che l'azionista sia destinato ad assumere nei confronti della società, non trova appoggio in nessuno dei due indici storici, che sono stati addotti a suo favore. Da un lato, il conflitto di interessi previsto nell'art. 2373 cod. civ. non è riferibile alle sole ipotesi per le quali autorevole dottrina aveva richiamato la figura del contratto con se stesso. Già nel vigore del codice di commercio, malgrado l'opinione di quella dottrina, tale figura non esauriva la fattispecie legislativamente prevista del conflitto di interessi (articolo 150) e non era quindi idonea a garantirne l'analogia con il conflitto di interessi assembleare. Né i successivi progetti di riforma, nell'estendere la disciplina dal consiglio di amministrazione all'assemblea, hanno apportato una restrizione al significato della preesistente nozione legislativa di interesse personale.

D'altro lato, la tesi non può essere confortata dal richiamo al § 252 H.G.B. In tale disposizione erano previste talune ipotesi, la cui identificazione non richiedeva alcuna valutazione di interessi contrapposti ed alle quali veniva immediatamente collegato un difetto di legittimazione al voto: con un àmbito di applicazione cioè e con una tecnica giuridica diversi dalla fattispecie del conflitto di interessi. Il § 252 H.G.B. – parzialmente riprodotto nei §§ 114 Abs. 5 Akt G 1937 e 136 Abs. 1 Akt G 1965 – trova un parallelo, nel codice civile italiano, nel divieto di voto stabilito per il socio amministratore nelle deliberazioni riguardanti la sua responsabilità (articolo 2373[3]). La disciplina italiana del conflitto di interessi è invece avvicinabile alla elaborazione giurisprudenziale tedesca dei principi relativi ai comportamenti abusivi dei soci, per i quali si sanzionava il perseguimento di un interesse personale a danno della società o degli altri soci e da cui è derivato il § 197 Abs. 2 Akt G 1937 (ora § 243 Abs. 2 Akt G. 1965) ([59]).

Non esiste pertanto ragione normativa per circoscrivere l'interesse particolare

per le perdite, la nullità del voto dell'amministratore in conflitto. Solo nel progetto Asquini, mentre si conserva la responsabilità dell'amministratore per le perdite subite dalla società, si aggiunge l'espressa previsione della nullità della deliberazione presa con il voto determinante dell'amministratore in conflitto (art. 247). Il sindacato dell'autorità giudiziaria si sostituisce esplicitamente al procedimento interno di controllo.

([59]) L'equivoco del frequente richiamo, nella dottrina italiana, del § 252 H.G.B. è forse dovuto anche alla diversa terminologia italiana e tedesca e cioè al fatto che la dottrina tedesca qualifica usualmente come ipotesi di conflitto o collisione di interessi i casi contemplati nel § 252 H.G.B., mentre riporta ai principi dell'abuso il § 197 Abs. 2 AktG (ora 243 Abs. 2): ma naturalmente intendendo il conflitto, quanto ai presupposti e agli effetti giuridici, in senso del tutto diverso dal conflitto disciplinato prima nell'art. 150 cod. comm. e ora negli artt. 2373 e 2391 cod. civ. Sui principi, ai quali sono riferibili i § 197 Abs. 2 AktG 1937 e 243 Abs. 2 AktG 1965 v. ora HERZFELDER, *La protection de la société anonyme contre des abus de vote en cas de conflits d'intérêts en droit allemand*, in *Rev. trim. droit com.*, 1968, 285 sgg.

ex art. 2373[1] ai casi di connessione con una posizione di controparte dell'azionista nei confronti della società.

3. Caratteri dell'interesse particolare del socio. Configurabilità dell'interesse particolare anche nelle fattispecie di conflitto fra soci nell'estraneità all'interesse sociale

Può agevolmente convenirsi, in prima approssimazione, che l'interesse personale *ex* art. 2373[1] deve consistere in una posizione obiettiva preesistente alla deliberazione ([60]). È certo infatti che l'interesse deve esistere anteriormente alla deliberazione, se è vero che la disciplina normativa mira ad evitarne l'influenza nel procedimento deliberativo. Né vi è dubbio che esso non consiste in un semplice movente psicologico, indipendente da una relazione obiettiva esistente sul piano della realtà esterna.

Si è anzi autorevolmente osservato che un interesse in senso meramente subiettivo non sarebbe addirittura identificabile: la fattispecie presa in considerazione è infatti antecedente alla deliberazione e quindi, per presupposto, non vi è ancora presa di posizione da parte di alcuno rispetto all'oggetto posto in deliberazione ([61]). Il rilievo non appare però decisivo. Anche prima della deliberazione (e in vista di essa) è identificabile una relazione psicologica del socio con il bene sul quale incideranno gli effetti della deliberazione (interesse in senso psicologico), ed è quindi ravvisabile un movente diretto alla realizzazione di quell'interesse. L'esclusione della rilevanza del movente psicologico nell'art. 2373 va piuttosto giustificata, a mio avviso, più che con ritenute ragioni di ordine logico, con i risultati della ricognizione storica. In tal senso, è decisiva la pacifica interpretazione dell'art. 150 cod. comm., per la quale l'interesse particolare non veniva assunto come relazione meramente emozionale, ma come rapporto oggettivamente rilevante sul piano esterno della valutazione sociale ([62]). Sul punto, nessuna modificazione è rilevabile nei progetti preparatori del codice civile; né alcuna ragione di ordine sistematico, nell'attuale disciplina, concorre a postulare un mutamento di significato del termine.

Con ciò peraltro non si è ancora detto molto, non essendosi indicati i termini di

---

([60]) V. la dottrina ricordata dietro, alla nota 1.

([61]) MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1956, 316-317; adesivamente JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., pp. 5-6.

([62]) V. fra gli altri, NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., pp. 557-560; SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit., vol. I, p. 579; DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., pp. 362-363; VIDARI, *Corso di diritto commerciale*[6], cit., vol. II, n. 1276, pp. 146-147.

riferimento della relazione obiettiva in cui l'interesse consiste. Esclusa l'identificazione in una posizione di controparte con la società, la definizione dell'interesse come posizione obiettiva e antecedente alla deliberazione richiede una diversa precisazione.

L'ulteriore determinazione dell'interesse è tanto più necessaria, in quanto dall'esatta affermazione dell'irrilevanza di un rapporto di interesse meramente psicologico la dottrina deduce, a mio avviso non esattamente, che l'interesse particolare menzionato nell'art. 2373 cod. civ. non sarebbe ravvisabile nei casi di conflitto tra soci nella c. d. neutralità dell'interesse sociale. In tali fattispecie non vi sarebbe una preesistente posizione obiettiva di interesse e sarebbe riscontrabile solo un movente perseguito dai soci di maggioranza ([63]): così quando venga deliberato un aumento di capitale allo scopo di estromettere la minoranza che non sia in grado di esercitare il diritto di opzione. Tali casi potrebbero essere quindi disciplinati solo dagli istituti dell'abuso o dell'eccesso di potere. Essi postulerebbero un sistema normativo a carattere subiettivo radicalmente diverso da quello, fondato su base obiettiva, accolto nell'art. 2373 cod. civ. ([64]).

Anche tale conclusione, assolutamente dominante, appare influenzata dall'usuale limitazione dell'art. 2373 cod. civ. alle fattispecie qualificate da una contrapposizione contrattuale fra socio e società. Ristretto l'interesse particolare del socio alla relazione con un bene, oggetto di un contratto con la società, nei casi considerati non è ravvisabile che un intento subiettivo (così, nell'esempio sopra ricordato, lo scopo di estromettere la minoranza).

Ma un'osservazione più attenta consente di rilevare che l'interesse particolare preso in considerazione dall'art. 2373 non si identifica con l'interesse al bene, che costituirà oggetto del negozio, neppure nel caso – presente alla dottrina dominante – di stipulazione di un contratto fra il socio e la società. Non è in conflitto con l'interesse comune l'interesse che il socio abbia al bene (da acquistare o da vendere), ma, nel caso, l'interesse a un profitto particolare da realizzare con l'acquisto o la vendita. Se è vero che nei casi di stipulazione di un contratto sinallagmatico con la società la posizione di interesse avente per oggetto il bene sembra contrapporsi in se stessa all'interesse della società – in quanto l'interesse del socio al massimo vantaggio particolare è, nel caso, tipicamente legato all'interesse a vendere o ad acquistare e quindi all'interesse al bene – l'esatta prospettiva emerge chiaramente nelle ipotesi in cui non sia in questione la conclusione di un contratto tra socio e società. Si pensi al caso – per ricordare un esempio più volte formulato

([63]) MINERVINI, *op. cit.*, in *Dio. dir. civ.*, 1956, 329 sgg.; BIGIAVI, *Elezione di nuovi amministratori*, cit., in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 495 sgg.; MENGONI, *Appunti*, cit., in *Riv. società*, 1956, 462; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., p. 270; JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 194 sgg.

([64]) V. la descrizione del sistema a carattere subiettivo in MINERVINI, *op. cit.*, *loc. cit.;* MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 449 sgg.; SIGIAVI, *op. cit.*, *loc. cit.*

– in cui debba deliberarsi l'apertura di una strada adiacente ad un edificio del socio ([65]). È chiaro che l'edificio non rappresenta direttamente l'oggetto di un interesse in conflitto con l'interesse sociale, ma solo la circostanza obiettiva che, insieme alle altre della fattispecie concreta, indicherà l'esistenza di un interesse del soggetto a un vantaggio particolare, destinato a realizzarsi con la deliberazione e in conflitto con l'interesse comune.

Se si sposta l'attenzione sui caratteri generali dell'interesse, è rilevabile che alla base dell'opinione prevalente è l'implicita convinzione, per la quale il termine di riferimento obiettivo di un interesse deve essere un bene attuale. Anche nelle ipotesi contemplate nell'art. 2373 cod. civ. si ricerca quindi il bene attuale, sul quale insista l'interesse particolare. Va invece rilevato che un interesse può essere attuale pur avendo come termine di incidenza un bene futuro. L'inesistenza attuale del punto di riferimento oggettivo dell'interesse non significa attuale inesistenza dello stesso interesse ([66]). Ove si curi di non identificare la relazione socialmente o economicamente rilevante, che viene in considerazione nella nozione di interesse, con una relazione giuridica ([67]), si rileverà che l'at-

---

([65]) È sostanzialmente l'esempio di OERTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*[3], cit., § 34, Anm. 2 b, p. 134; cfr. ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, cit., p. 162.

([66]) In proposito, mi permetto rinviare al mio *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano 1964, p. 106 sgg. partic. p. 120 sgg.; cfr. BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930, pp. 477 e 492. E v., sempre nella dottrina assicurativa, il riconoscimento dell'attualità dell'interesse al profitto sperato (con argomentazione però talora diversa da quella indicata nel testo e cioè considerando come oggetto attuale dell'interesse la *spes* del profitto, laddove io riterrei che la *spes*, intesa nel senso non meramente psicologico, rappresenti lo stesso interesse e non il suo termine di riferimento oggettivo): DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Milano, 1964, p. 218 sgg.; BUTTARO, voce *Assicurazione in generale*, in *Encicl. dir.*, vol. III, 1959, p. 443. V. anche BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Poro il.*, 1965, IV, 49-51. In senso contrario, ma senza dimostrazione, ritiene che l'interesse al profitto futuro rappresenti un interesse futuro, DE CUPIS, *Il danno*[3], vol. I, Milano, 1966, p. 257.

([67]) Per determinare l'accezione legislativamente accolta nell'ipotesi considerata, appare opportuno soffermare brevemente l'attenzione sulla pluralità di possibili significati della nozione di interesse (ampiamente v. mio *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 116 sgg.; sul tema specifico dell'interesse sociale cfr. ZÖLLNER, *op. cit.*, p. 18, nota 3).

In una prima accezione l'interesse ha un significato schiettamente psicologico.

Esso sta ad indicare la tensione psichica di un soggetto verso un'entità (bene in senso psicologico), considerata idonea ad appagare un bisogno, e rappresenta quindi una relazione psichica tra il soggetto e quell'entità. In tal senso, il concetto viene identificato in un rapporto tra un soggetto e un bene (cfr. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Roma, 1943, p. 72; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, *936, p. 71) e si fonda su un giudizio circa l'idoneità dell'entità in questione ad appagare il bisogno. Non rappresenta quindi in sé un giudizio, come talora ritenuto (MANZINI, *Istituzioni di diritto penale italiano*[9], voi, I, Padova, 1949, p. 49), pur se è vero che alla sua base è un giudizio di valore, in virtù del quale l'entità considerata viene assunta come bene.

tuale mancanza del bene comporta bensì l'inesistenza di un attuale termine di imputazione di effetti giuridici, ma non impedisce l'identificazione di una relazione attuale, rilevante nella valutazione socio-economica, con un bene futuro, nella previsione, ragionevolmente fondata, del suo entrare nella disponibilità del soggetto.

L'interesse del socio *ex* art. 2373 può allora configurarsi, in conformità al suo significato lessicale e senza bisogno di ricercare un suo attuale termine di incidenza, come interesse a un vantaggio particolare: avente un oggetto futuro, da realizzarsi con la deliberazione. E si avvertirà subito che la conclusione coincide con quella, cui si giunge nell'interpretazione del § 197 Abs. 2 AktG 1937 (ora § 243 Abs. 2 AktG 1965), che sanziona con l'annullamento della deliberazione il perseguimento, da parte del socio, di vantaggi particolari (Sondervorteile), a danno della società o degli altri soci.

In tale accezione, appare chiaro che l'interesse personale *ex* art. 2373 ha carattere concreto. Il quesito se esso rappresenti una mera speranza di carattere psicologico ovvero abbia carattere obiettivo, rilevante nella realtà esterna, va risolto

---

Ove il soggetto non abbia la disponibilità del bene, la relazione indicata si accompagna a una tensione psichica verso un mutamento in altro ordine della realtà (ordine fisico, economico, giuridico, ecc.), al fine di ottenere dal bene l'utilità corrispondente al bisogno: si esprime quindi nella tensione verso un risultato. Anche a tale tensione viene dato il nome interesse, inteso come impulso o movente a creare un rapporto utile con il bene. Avendo presente tale accezione, un'attenta dottrina ha rilevato che l'interesse non è un rapporto, ma è al rapporto con un bene (OPPO, *Adempimento e Liberalità*, Milano, 1947, p. 56, nota 2). Preferirei rilevare che l'interesse come rapporto e l'interesse come movente rappresentano due distinti profili –- il profilo statico e il profilo dinamico – dello stesso fenomeno.

Il movente, filtrato da una valutazione intellettiva e cioè da un giudizio sulla possibilità e convenienza dell'azione, si pone come scopo o fine o intento e cioè come tensione specificamente della volontà verso il mutamento (diversa l'impostazione terminologica di JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., pp. 3-5, per il quale l'interesse ha sempre un significato obiettivo, lo scopo denota la soddisfazione del bisogno che il bene è idoneo a realizzare e il motivo indica la valutazione subiettiva dell'interesse).

In un'accezione traslata, particolarmente frequente nel linguaggio scientifico, l'interesse assume un significato obiettivo (nel senso di non attinente alla sfera psichica), ad indicare una relazione esistente su un piano (sociologico, economico, ecc.) diverso da quello psicologico. Così, sul piano sociologico, al rapporto creato dallo stato emozionale si sostituisce, attraverso un processo di astrazione di elementi tipici, un altro rapporto esistente sul piano della valutazione sociale, cui viene dato lo stesso nome di interesse (socialmente rilevante). Il termine assume quindi il significato di relazione socialmente rilevante tra un soggetto e un'entità idonea, nella valutazione sociale, a soddisfare un bisogno. Analogamente, sul piano della valutazione economica, l'interesse acquista una specifica connotazione di ordine economico-patrimoniale, talora rilevante anche per l'ordinamento giuridico. In tali casi si usa parlare, con formula peraltro ambigua, di interesse tipico (MÜLLER-ERZBACH, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?*, Tübingen, 1932, p. 114; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953, pp. 58-60): con riferimento ad esso deve essere chiaro che tipicità non significa presunzione o finzione, ma creazione di un concetto autonomo rispetto a quello originario, vigente in ordine diverso da quello psicologico.

sulla base delle circostanze concrete ([68]). Il carattere della tipicità – già ambiguo in sede di teoria generale – ove lo si voglia attribuire anche all'interesse particolare *ex* art. 2373 cod. civ. ([69]) può avere solo il significato della irrilevanza degli interessi psicologici, che muovono il socio nella determinazione del voto, mentre non impedirà che l'interesse vada valutato in concreto, in base alle circostanze che ne determinano l'emersione.

Inoltre, il vantaggio potrà consistere non solo in un incremento di utilità, ma anche nell'evitare un sacrificio, che altrimenti si sarebbe dovuto sopportare ([70]). Nell'esempio della costruzione di strada adiacente ad un edificio del socio, se le circostanze concrete indichino il pregio dell'edificio nel suo isolamento (si pensi ad una casa di cura) l'interesse del socio si manifesterà nell'evitare il pregiudizio, che al bene derivi dall'apertura della via ([71]).

Infine, non sarà necessario che l'interesse abbia carattere economico-patrimoniale ([72]). La posizione di interesse può riguardare anche vantaggi di ordine diverso da quello economico, pur dovendo essere obiettivamente valutabile. L'opposto orientamento è stato fondato sulla considerazione che l'interesse sociale, in relazione alle finalità tipiche dell'organizzazione societaria, ha una necessaria rilevanza economica e che l'art. 2373 richiede, per l'annullamento della deliberazione, un danno economico per la società ([73]). Tali constatazioni conducono però solo alla conclusione che il conflitto deve avere un'incidenza economica nei confronti della società, non che lo stesso interesse personale attenga necessariamente alla sfera patrimoniale del socio. La precisazione assume rilievo per le società a partecipazione pubblica, dove l'interesse particolare dell'ente pubblico non è rivolto generalmente a un lucro patrimoniale, ma può avere natura politico-sociale.

È possibile, a questo punto, trarre una conclusione in merito all'interesse per-

---

([68]) V., con riferimento all'interesse al profitto sperato, DE CUPIS, *op. cit.*, p. 257. Appare quindi esatto il punto di vista espresso dalla dottrina francese, quando rileva che l'aspetto obiettivo e quello subiettivo sono, sul piano probatorio, collegati: DALSACE, in *Sirey*, 1961, J., 258 e ivi citazioni; cfr. con riferimento alla nozione generale di abuso del diritto, JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1939, pp. 412-414. V. anche WEILLBR, *Il conflitto d'interessi*, cit., in *Foro pad.*, 1946, II, 34; ROMANO M., *op. cit.*, p. 57.

([69]) ASCARELLI, *L'interesse sociale*, cit., in *Riv. società*, 1956, 95; adesivamente BIGIAVI, *Elezione di nuovi amministratori*, cit., in *Giur. it.*, 1956, I, 497-500.

([70]) Cfr. WEILLER, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

([71]) Cfr. ROMANO M., *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

([72]) V. invece ASCARELLI, *Interesse sociale*, cit., in *Studi in tema di società*, p. 164, nota 25; ROMANO M., *op. cit.*, pp. 54-55; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*[2], vol. III, P. I, Milano, 1959, § 152, n. 29. Esattamente, GODIN-WILHELMI, *Aktiengesetz*[3], Berlin, 1967, § 243, Anm. 3, p. 1289; SCHILLING, *Grosskommentar Aktiengesetz Gadow-Heinichen*[2], B. II, Berlin, 1965, § 197, Anm. 15, p. 256; SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, *Aktiengesetz*[2], cit., § 101, I, 2, A 1, p. 458.

([73]) ROMANO M., *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

sonale nei casi di conflitto tra soci nell'estraneità all'interesse sociale: nei quali l'opinione dominante ravvisa esistente solo un intento subiettivo e non una preesistente posizione obiettiva di interesse. Identificato l'interesse personale *ex* art. 2373 cod. civ. nell'interesse ad un vantaggio particolare, questo è presente anche in tali ipotesi. L'elemento caratteristico di tali fattispecie, quanto all'interesse particolare, risiede solo nel fatto che questo si coordina ad un interesse ad un bene attuale, avente per oggetto la stessa partecipazione sociale. Ma anche qui l'accertamento di quest'ultimo interesse concorrerà solo a dimostrare una delle circostanze, dalle quali desumere l'interesse a un vantaggio particolare. E anche qui le circostanze concrete indicheranno se tale interesse si identifichi in un mero movente psicologico o abbia una obiettiva rilevanza economico-sociale. Resta, in altri termini, escluso che la disciplina di tali casi postuli il passaggio da un sistema a carattere obiettivo (contemplato nell'art. 2373 cod. civ.) ad un diverso sistema subiettivo, fondato sulla rilevanza giuridica dei motivi ed avvicinabile alla concezione tradizionale dell'istituto dell'eccesso di potere ([74]). Se così fosse, la radicale diversità del sistema legislativamente previsto rispetto a quello postulato per i casi di neutralità dell'interesse sociale impedirebbe ogni accostamento tra i due sistemi e l'identificazione di un comune principio cui i due ordini di ipotesi siano riferibili.

4. Rilevanza dell'interesse per conto di terzi. Critica della dominante interpretazione restrittiva della formula legislativa. La formazione storica dell'inciso

Pure l'inciso, grazie al quale l'interesse particolare assume rilevanza anche se espresso per conto di terzi (art. 2373[1] cod. civ.), va interpretato, a mio avviso, in senso più ampio di quanto ritenga la dottrina prevalente.

Così come le formule adottate con riferimento agli amministratori (artt. 2391 e 2631 cod. civ.), l'espressione contenuta nell'art. 2373 («per conto.... di terzi») viene generalmente intesa nel senso tecnico che sia necessario un rapporto di mandato tra il socio e il terzo ([75]). La tesi, quando non viene affermata in modo

([74]) Così invece MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 329 sgg.; MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 462-463; BIGIAVI, *op. cit.*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 498-502. È rilevabile che l'orientamento dominante si collega espressamente alla configurazione tradizionale dell'eccesso di potere, considerato come un istituto grazie al quale assumerebbero rilevanza i motivi del voto o della deliberazione e che potrebbe offrire così, se ritenuto applicabile al diritto societario, la soluzione del problema dei comportamenti abusivi dei soci non compresi nella fattispecie dell'art. 2373 cod. civ.: su tale concezione, v. avanti al n. 6.

([75]) MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 317-318; JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 209, nota 62; ROMANO M., *op. cit.*, p. 58; solo apparentemente più ampio, ma in effetti restrittivo, FRÈ,

apodittico ([76]) o giustificata genericamente per un suo assunto maggiore rigore ([77]), viene fondata – al pari di quella che circoscrive il significato dell'interesse particolare – sulla ricognizione storica ([78]). Si osserva infatti che il riferimento al mandato era espressamente contenuto nel progetto Vivante del codice di commercio (art. 215 1° comma) e che già il codice di commercio 1882 richiedeva la rappresentanza (art. 150 1° comma); né la nuova formula paleserebbe un intento innovativo rispetto a quelle disposizioni.

Tali richiami non appaiono però conclusivi; anzi, a mio avviso, proprio essi confortano il diverso orientamento qui postulato. Quanto alla menzione del mandato nel progetto Vivante del 1921 – che confermerebbe, in prospettiva storica, la necessità di un rapporto di mandato tra il socio e il terzo nel cui interesse l'azionista agisca – giova avvertire che in quel progetto il riferimento al mandante non concerne l'ipotesi ora considerata, ma il diverso caso della delega di voto. Posto che l'art. 211 del progetto prevedeva che «i soci possono farsi rappresentare nelle assemblee generali da mandatari», l'art. 215 – che poneva, per la prima volta, una disciplina del conflitto di interessi assembleare – stabiliva un divieto di voto per il socio interessato sia che egli votasse personalmente, sia che esso avesse attribuito ad altri il potere di rappresentanza in assemblea. La formula riguardava, in altri termini, non un interesse del terzo espresso dal socio, ma l'interesse del socio manifestato, attraverso il voto, dal suo rappresentante. A conferma, si noterà che l'indicazione del mandato non compare, nello stesso progetto, nella fattispecie del conflitto di interessi dell'amministratore (art. 201), per il quale la delega di voto non è prospettata.

Nell'art. 215 prog. Vivante – che suonava «nessuno può prendere parte per conto proprio o di altri alle deliberazioni che riguardano un proprio interesse particolare o quello del proprio mandante» – erano così presenti due distinte formule non avvicinabili tra loro e concernenti l'una il mandato (e cioè la rappresentanza del socio in assemblea) e l'altra l'agire per conto (e cioè il problema qui considerato): indicazioni, che non rappresentavano una duplicazione, come dovrebbe ritenersi in base alla dottrina qui non accolta, ma disciplinavano due ipotesi diverse.

Il problema resta quindi circoscritto all'interpretazione della formula «per conto proprio o di altri», che compare per la prima volta nel progetto Vivante sia nella fattispecie del conflitto di interessi del socio, sia, con espressione quasi identi-

---

Società per azioni[3], cit., in *Comment. cod. civ.*, SCIALOJA- BRANCA, art. 2373, p. 310 (il quale fa gli esempi del socio prestanome e del terzo che abbia pagato o abbia promesso vantaggi al socio); più estensivo WEILLER, *op. cit.*, in *Foro pad.*, 1946, II, 44-45.

([76]) ROMANO M., *op. cit.*, p. 58.

([77]) JAEGER, *op. cit.*, *toc. ult. cit.*

([78]) MINERVINI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

ca, per il conflitto di interessi dell'amministratore (art. 291) ([79]), in sostituzione del richiamo alla rappresentanza contenuta nell'art. 150 cod. comm. ([80]).

Per quanto concerne la modifica della formula rispetto a quella inscurita nell'art. 150 cod. comm. – con il passaggio dalla rappresentanza all'agire per conto – occorre rilevare che proprio l'autorevole giurista, che darà il nome al progetto del 1921, riteneva che il riferimento, nell'art. 150 cod. comm., all'interesse dell'amministratore «in proprio nome o come rappresentante di un altro» dovesse intendersi in senso ampio, prescindendo dalla formale spendita del nome e sanzionando invece i più gravi abusi derivanti da una copertura con il nome altrui ([81]). Con espressa adesione a tale interpretazione la dottrina, che proponeva di estendere la disciplina ai soci, osservava che l'obbligo di astensione riguardava non solo colui che figurasse come rappresentante, ma anche colui che risultasse «essere *direttamente o indirettamente interessato* col terzo» ([82]): l'applicazione del principio non doveva farsi dipendere dal nome formale, con cui il terzo si presentasse, ma dalla identificazione sostanziale dei suoi interessi con quelli di uno o più soci, e l'accertamento doveva essere fatto con i criteri del caso, senza precludersi alcun mezzo di giudizio con regole fisse aprioristiche ([83]).

La formula adottata nel progetto Vivante, svincolata dal richiamo tecnico all'istituto della rappresentanza, conferma l'accoglimento delle indicazioni fornite da due dei più autorevoli compilatori della proposta legislativa. Per gli amministratori si è così riconosciuta espressamente la rilevanza dell'interesse particolare non solo nel caso in cui l'amministratore, in un'operazione con la società, agisse in nome altrui, ma anche nel caso in cui egli, senza spendere l'altrui nome, agisse per conto e cioè nello specifico interesse di terzi (art. 201). L'espressione è stata quindi estesa alla disciplina prevista per il socio (art. 215), in adesione, anche per

---

([79]) Art. 201 prog. Vivante: «L'amministratore che in una determinata operazione ha, per conto proprio o per conto di terzi, interesse contrario a quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori ed ai sindaci ed astenersi da ogni deliberazione riguardante l'operazione stessa.

L'amministratore che contravviene in tutto o in parte a questa disposizione è responsabile delle perdite che ne derivassero alla società».

([80]) Art. 150 cod. comm. 1882: «L'amministratore, che in una determinata operazione, ha, in proprio nome o come rappresentante di un altro, interesse contrario a quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori ed ai sindaci, ed astenersi da ogni deliberazione riguardante l'operazione stessa.

In questo caso, e nei casi preveduti nell'articolo precedente, quando le deliberazioni non siano approvate dai sindaci, gli amministratori che vi hanno preso parte sono responsabili delle perdite che ne derivassero alla società».

([81]) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*[6], vol. II, cit., n. 561, p. 294.

([82]) ASQUINI, *Conflitto d'interessi*, cit., in *Scritti giur.*, vol. I, p. 177 (le parole in corsivo sono tali nel testo dell'A.).

([83]) ASQUINI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

questo riguardo, all'invito della dottrina ricordata ([84]). Si spiega così, per la disciplina assembleare, il duplice richiamo alla delega di voto e all'interesse per conto terzi.

L'esame dei successivi progetti d'Amelio del 1925 e Asquini del 1940 conferma le osservazioni ora formulate. In ambedue le proposte, nella disciplina del conflitto di interessi assembleare scompare l'indicazione del mandato, mentre vengono conservati, sia per i soci che per gli amministratori, gli incisi relativi all'agire per conto ([85]). L'eliminazione del richiamo al mandato è agevolmente comprensibile, se si considera che nella diversa formulazione data alla fattispecie del conflitto di interessi assembleare il divieto di voto viene direttamente riferito al socio. L'interdizione concerne così, senza bisogno di ulteriori specificazioni, l'esercizio del voto sia personale che per rappresentanza ([86]). Si conferma, in tal modo, la piena autonomia di significato dell'inciso relativo all'interesse per conto altrui, che troverà sede definitiva, con l'espressione «per conto proprio o di terzi», negli artt. 2373, 2391 e 2631 cod. civ.

Sotto il profilo testuale, l'interpretazione accolta riceve ulteriore riscontro. Seguendo la tesi dominante, l'inciso sarebbe infatti superfluo: esso non aggiungerebbe nulla al requisito dell'interesse personale, se è vero che – come ha rilevato proprio un autorevole difensore dell'orientamento qui respinto – il rapporto di mandato istituisce un interesse proprio del socio o dell'amministratore ([87]). Anzi, l'espressione legislativa, nel suo significato proprio, è addirittura incompatibile con il rapporto di mandato. Nella formula adottata, infatti, la locuzione «per conto» è testualmente riferita non solo al terzo, ma anche al socio (o all'amministratore), per il quale non viene evidentemente ipotizzato un rapporto di mandato con se stesso. La tesi non accolta dovrebbe quindi assumere, senza plausibile ragione, che la locuzione «per conto» abbia simultaneamente due significati diversi, a seconda che riferita al socio (o all'amministratore) ovvero al terzo. L'incongruità scompare invece se si ritiene che con la formula si sia affermata la rilevanza dell'interesse sia diretto che indiretto, attraverso l'uso di un'espressione più comprensiva di quella indicata nell'art. 150 cod. comm. e in adesione a quell'orientamento che, già nella vigenza del codice di commercio, optava per la più ampia interpretazione della disciplina allora esistente.

Tale soluzione non esclude che l'espressione sia stata usata dal legislatore in un'accezione tecnica: purché però ciò venga inteso nel senso che è richiesta la situazione di interessi propria dell'agire per conto e quindi una specifica relazione

---

([84]) ASQUINI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

([85]) «Per conto proprio o per conto di terzi»: artt. 192 e 207 prog. 1925, art. 227 prog. 1940; «per conto proprio o di terzi»: art. 247 prog. 1940.

([86]) V. dietro, alle note 56 e 57.

([87]) MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 318.

tra il votante e il terzo, che conduca alla deviazione del risultato dell'attività a favore del terzo, non che sia necessario dimostrare l'esistenza di un conferimento di incarico ([88]). Il dato normativo si dimostra, anche per questo riguardo, analogo a quello adottato nel § 197 AktG. 1937 (e confermato nel § 243 AktG. 1965): dove è stato sanzionato il perseguimento, per sé o per un terzo, di vantaggi particolari e dove all'espressione *für sich oder einen Dritten* viene dato il significato più esteso ([89]).

5. L'interpretazione dell'interesse della società menzionato nell'art. 2373 cod. civ. Riferimento non al concreto ed obiettivo interesse del gruppo sociale nella singola operazione, ma a una nozione, pur obiettiva, ma più generale ed astratta di interesse

L'interpretazione della disciplina vigente conduce pertanto ad attribuire al giudice il più ampio potere di accertare, in base alle circostanze concrete, un interesse personale per conto proprio o di terzi. Per converso, deve essere riconosciuto, a mio avviso, un rigoroso limite alla determinazione dell'interesse sociale, che costituisce il secondo termine del raffronto posto nell'art. 2373[1] cod. civ. Precisamente, il richiamo all'interesse della società non consente, in sede giurisdizionale, un riesame del merito in ordine alla concreta operazione ([90]). Si postula in tal modo una conclusione divergente da quella cui. giunge il diffuso orientamento, che richiede una valutazione concreta dell'interesse sociale: sia che poi tale esame venga indirettamente precluso circoscrivendo l'interesse personale alle sole situazioni in cui il socio debba assumere una posizione di controparte ([91]), sia che, respingendo tale limitazione, si attribuisca al giudice un potere di valutazione del merito della politica societaria ([92]).

([88]) Sul nucleo centrale dell'agire per conto come deviazione del risultato dell'attività a persona diversa dall'agente v. MINERVINI, *Il mandato*, *La commissione*, *La spedizione*, Torino, 1954, pp. 3-4; PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, ora in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 155 sgg.

([89]) V. GODIN-WILHELMI, *Aktiengesetz*[3], cit., § 243, Anm. 3, p. 1288; BAUMBACH- HUECK, *Aktiengesetz*[12], München-Berlin, 1965, § 101, 2, A, p. 389.

([90]) Cfr. ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civ.*, cit., in *Riv. società*, 1956, 95-97; adesivamente BIGIAVI, *Elezione di nuovi amministratori*, cit., in *Giur. it.*, 1956, I, I, 497-500.

([91]) MENGONI, *Appunti*, cit., in *Riv. società*, 1956, 448. V. anche l'ulteriore dottrina ricordata dietro, alla nota 2.

([92]) MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1956, 331-332; ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, cit., p. 44 sgg.; WEILLER, *Il conflitto d'interessi*, cit., in *Foro pad.*, 1946, II, 42 e 63-64; v. anche PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 190.

Può agevolmente affermarsi, in via preliminare, che nell'art. 2373 l'interesse sociale ha un significato obiettivo, nel senso sia che esso non si risolve nei moventi individuali che hanno determinato l'esercizio del voto, sia che esso è indipendente dalla valutazione espressa nella deliberazione dalla maggioranza assembleare. Nella disposizione legislativa è ipotizzato un conflitto tra l'interesse del socio determinante la maggioranza e l'interesse della società: è chiaro che, per accertare l'esistenza del conflitto, il secondo interesse va necessariamente individuato in piena autonomia dall'interesse della maggioranza ([93]).

Non è invece immediatamente evidente se l'art. 2373, menzionando l'interesse della società, si riferisca al concreto ed obiettivo interesse del gruppo sociale nella singola operazione ovvero ad una nozione, pur obiettiva, ma più generale ed astratta di interesse. Varie considerazioni conducono tuttavia ad accogliere la seconda prospettiva.

Una prima indicazione è fornita già dal dato testuale. Nella disposizione non vi è infatti alcun collegamento fra l'interesse della società e una concreta operazione economica, in funzione della quale quell'interesse vada individuato. Lo stesso riferimento alla deliberazione – anzi ad una pluralità di deliberazioni, essendo questo termine usato al plurale – è posto piuttosto per l'interesse personale che per l'interesse della società. Quest'ultimo ha un'autonoma posizione, indipendente da punti di riferimento interni alla norma e, in particolare, da elementi testuali, dai quali possa desumersi che il termine è stato assunto in un significato concreto, riferito ad una singola operazione.

Sotto il profilo della *ratio* complessiva della disposizione, inoltre, una interpretazione del termine, che escluda il potere del magistrato di valutare concretamente l'interesse sociale, appare più coerente con l'inesistenza – dimostrata dallo stesso art. 2373 – di un obbligo dei soci di perseguire, attraverso il voto, un obiettivo e concreto interesse sociale. Tale obbligo non inerisce all'art. 2373, se è vero che la norma non consente l'annullamento della deliberazione per il solo contrasto con l'interesse della società e che non sono previsti, all'interno dell'ordinamento societario, strumenti di controllo delle valutazioni assembleari. La determinazione del concreto interesse della società nello svolgimento dell'attività comune è così, in linea di principio, demandata ai soci attraverso lo strumento giuridico della deliberazione. In congruenza con tale principio, il limite al criterio maggioritario si individuerà, se non vi sono contrari indici testuali, altrimenti che affidando al giu-

([93]) Il carattere obiettivo dell'interesse sociale è stato invece recentemente dedotto dalla definizione di interesse accolta in sede di teoria generale: JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., pp. 4-5; adesivamente PELLIZZI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 188, nota 239. La non accoglibilità di tale posizione deriva, a mio avviso, dalla pluralità di significati che la nozione può assumere (v. dietro, alla nota 67) e dalla correlativa esigenza di indicare le ragioni positive dell'accezione legislativamente adottata.

dice il potere di sostituire una propria valutazione tecnica all'apprezzamento dei soci ([94]).

Sotto il profilo storico, l'orientamento proposto trova conferma nel netto distacco della disposizione dall'art. 150 cod. comm. – che sanzionava il conflitto di interessi degli amministratori e che consentiva un controllo di merito all'interno dello stesso ordinamento sociale – e nella diretta provenienza della norma, invece, dalla formula del § 197 Abs. 2 AktG. 1937 (gli stessi elementi differenziali hanno, come si osserverà più avanti, una chiara giustificazione).

In merito al rapporto di derivazione storica dall'art. 150 cod. comm. è rilevabile che l'autonomia da tale norma si manifestava già nella disposizione sul conflitto di interessi assembleare prevista nel progetto Vivante del 1921 (art. 215 1° comma). In essa mancava ogni richiamo all'interesse della società, si stabiliva il divieto di voto facendo leva sull'interesse particolare e si escludeva ogni forma di controllo interno ([95]). Se è vero che nel progetto d'Amelio del 1923 si tornava quasi integralmente all'art. 150 anche per la disciplina relativa al conflitto di interessi del socio – ponendo una normativa analoga per i soci (art. 207) e per gli amministratori (art. 192) sino al punto da fissare una responsabilità personale del socio accanto a quella tradizionale dell'amministratore ([96]) tale indirizzo non trovava però accoglimento nel progetto preliminare del codice di commercio del 1940 (art. 227): dove il distacco della disciplina del conflitto di interessi assembleare dall'art. 150 cod. comm. è di nuovo palese. Viene così eliminato, come già nel progetto Vivante, il riferimento ad una determinata operazione economica e viene esclusa ogni forma di controllo interno all'ordinamento sociale; viene previsto invece, in analogia con l'*Aktiengesetz* 1937, il sindacato giurisdizionale di validità della deliberazione ([97]). Nella formulazione definitiva della disposizione, si confermerà che la nuova norma sul conflitto di interessi del socio ha autonomia dall'art. 150 cod. comm.: si preciserà anzi che è stata la nuova disciplina del conflitto assembleare a reagire sulla normativa prevista per il conflitto degli amministratori e non viceversa, come l'anteriore presenza dell'art. 150 cod. comm. avrebbe potuto suggerire ([98]).

Quanto all'analogia con il § 197 Abs. 2 AktG. 1937 – entrato in vigore nel periodo immediatamente precedente alla predisposizione del progetto preliminare

---

([94]) Resta ovviamente salva una diversa conclusione con riferimento a specifiche deliberazioni (così, secondo la più diffusa dottrina, nell'applicazione dell'art. 2441, 3° comma cod. civ.).

([95]) V. dietro, alla nota 54. Circa il conflitto di interessi nel consiglio di amministrazione (art. 201) si conservava invece la formula dell'art. 150 cod. comm., solo eliminando l'approvazione dei sindaci: v. dietro, alle note 58, 79 e 80.

([96]) V. dietro, alle note 55 e 58.

([97]) V. dietro, alle note 56 e 58.

([98]) V. Relaz. al libro del lavoro, n. 172.

del codice di commercio 1940 – è noto che la disposizione tedesca consentiva l'impugnazione della deliberazione assembleare presa con il voto del socio che, per sé o per un terzo, avesse intenzionalmente perseguito, a danno della società o degli altri soci, vantaggi speciali estranei alla società, purché la deliberazione fosse stata idonea a servire allo scopo. È agevole rilevare – dopo quanto osservato nelle pagine precedenti in merito all'interesse particolare del socio – che le differenze sostanziali rispetto all'art. 2373, 1° e 2° comma cod. civ. sono due: la presenza di un requisito psicologico, criticato ([99]) e interpretato restrittivamente ([100]) dalla stessa dottrina tedesca e non richiesto invece dall'art. 2373, nonché l'espressa estensione della disciplina ai casi di danno esclusivo *degli altri soci*. A tale estensione corrisponde la formula del vantaggio speciale *estraneo* alla società, laddove in Italia si adotterà quella dell'interesse *in conflitto* con l'interesse sociale. Per il resto, la concordanza è piena e la dottrina tedesca conferma, in particolare, che il richiamo alla società equivale al riferimento, contenuto nell'art. 2373, all'interesse della società ([101]). L'uso dell'espressione «estraneo alla società» (gesellschaftsfremd) rende anzi maggiormente evidente il riferimento non al concreto interesse sociale in una determinata operazione, ma alla sfera di interessi riconducibile al rapporto societario: come è stato avvertito nella letteratura tedesca, quando sono stati presi in esame analiticamente i singoli elementi costitutivi della disposizione ([102]).

([99]) MÜLLER-ERZBACH, *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens*, Weimar, 1948, p. 86; ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, cit., pp. 295-296.

([100]) L'interpretazione restrittiva, per la quale si riteneva che l'elemento intenzionale non dovesse abbracciare il danno della società o degli altri azionisti, appare ora accolta nel nuovo § 243, Abs. 2 AktG 1965, dove è stato eliminato l'avverbio *vorsätzlich:* v. BAUMBACH-HUECK, *Aktiengesetz*[13], München, 1968, § 243, IV, n. 10, I, p. 732.

([101]) ZÖLLNER, *op. cit.*, p. 294: «Richtig dürfte es deshalb sein, als gesellschaftsfremd grundsätzlich diejenigen Interessen auszusprechen, die nicht mit dem Verbandsinteresse kongruent, d.h. dem Verbandsinteresse entweder zuwiderlaufend oder doch ihm gegenüber indifferent sind» (e v. a p. 20 il carattere tipico del *Verbandsinteresse).*

([102]) SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, *Aktiengesetz*[2], cit., § 101, I, 2, A 1, p. 459.

Occorre peraltro avvertire che, in generale, la dottrina tedesca non prende in esame partitamente l'espressione *gesellschaftsfremd*, preferendo dare il significato complessivo dell'intera disposizione e così spesso offrendo una pluralità di interpretazioni meramente descrittive (cfr., in senso critico, ZÖLLNER, *op. cit.*, p. 293). D'altra parte, in presenza del duplice requisito legislativamente collegato ai vantaggi perseguiti e cioè il loro carattere particolare (*Sondervorteile*) e la estraneità alla società (*gesellschaftsfremde*), si sono manifestati, accanto a quello descritto nel testo, due contrapposti orientamenti, tendenti, da un lato, a ritenere che il riferimento alla estraneità al rapporto sociale sia sostanzialmente già compreso nel termine *Sondervorteile* (v. BERGMANN, *Über den Missbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen*, in *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, vol. 105, 1938, 16), dall'altro, ad attribuire a quel riferimento un significato concreto, come rappresentativo dell'esigenza di una

È possibile, a questo punto, un ulteriore accostamento, sempre sotto il profilo storico, tra la nuova disciplina assembleare, la norma tedesca e le osservazioni formulate da un autorevole giurista italiano, negli anni precedenti la nuova codificazione, in merito agli strumenti giuridici da adottare per la repressione degli abusi assembleari. Questi faceva notare che se si fosse consentita un'indagine sull'opportunità di un atto di gestione sociale si sarebbe disconosciuto il compito della maggioranza di stabilire quale fosse l'interesse sociale; l'impugnazione della deliberazione avrebbe però dovuto ammettersi qualora quell'indagine non fosse stata necessaria e fosse risultata invece un'opposizione di interessi, in relazione allo «scopo fondamentale per il quale la società è stata costituita e vive», insieme a un prevedibile effetto dannoso della deliberazione ([103]).

Venivano così precisamente individuati gli elementi dell'interesse particolare, del conflitto con l'interesse sociale e del danno potenziale, nonché la conseguenza dell'impugnabilità della deliberazione: nel quadro di una disciplina, il cui significato centrale consisteva – come appare chiaro dalle parole riferite – nel fatto che, attraverso il complesso dei requisiti richiesti, si intendeva dare bensì rilevanza al contrasto tra l'interesse del socio e l'interesse sociale, ma insieme evitare di rimettere al magistrato la determinazione del concreto interesse sociale. I dati menzionati verranno tutti recepiti nell'art. 2373 cod. civ. La norma, includendo anche il requisito del danno potenziale per la società, non compreso nel progetto Asquini e invece indicato sia dalla dottrina ora ricordata sia dalla disciplina tedesca (con la formula dell'idoneità della deliberazione al raggiungimento dello scopo), attesterà l'accoglimento sostanziale di tali indirizzi ([104]).

---

obiettiva giustificazione del vantaggio (WÜRDINGER, *Aktienrecht*, Karlsruhe, 1959, § 25, p. 167; v. anche FECHNER, *Die Treubindungen des Aktionärs*, Weimar, 1942, p. 100) o nel senso di estraneità ad una ordinata amministrazione degli affari sociali (BAUMBACH-HUECK, *Aktiengesetz*[12], cit., § 101, 2 A, p. 389): ciò che ha indotto il nuovo legislatore, nell'Aktiengesetz 1965, ad eliminare l'aggettivo, conservando il solo termine *Sondervorteile* (§ 243 Abs. 2).

Da rilevare ancora che l'attuale § 243 Abs. 2 AktG 1965 ha sostituito la norma (dettata per i gruppi), che negava l'impugnazione in caso di perseguimento di esigenze degne di tutela, con l'esclusione dell'impugnativa nel caso che la deliberazione garantisca un'adeguata compensazione agli altri azionisti per il loro danno.

([103]) DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., pp. 394-396.

([104]) Se si raffrontano le conclusioni raggiunte in tema di conflitto di interessi assembleare con il dettato delle norme, che disciplinano il conflitto di interessi amministrativo (artt. 2391 e 2631 cod. civ.), già parzialmente regolato nell'abrogato codice di commercio, andrebbe sottoposta a revisione, a mio avviso, la convinzione della dottrina, che postula per quelle norme una interpretazione analoga a quella adottata per il conflitto di interessi assembleare, estendendo ad esse, senza ulteriore riscontro normativo, gli orientamenti accolti in tema di conflitto di interessi del socio (cfr., da ultimo, ROMANO M., *op. tic*, p. 37 e *passim*).

In primo luogo, sotto il profilo testuale, diversamente da quanto si legge nell'art. 2373[1], nell'art. 2391[1] vi è un preciso riferimento ad una concreta operazione economica, in relazione alla quale va operato il giudizio sull'esistenza dei due interessi in conflitto (interesse personale e interesse socia-

le). In secondo luogo, sotto il profilo storico, anche qui diversamente da quanto rilevato per l'art. 2373, è riscontrabile una immediata e letterale derivazione della norma dall'art. 150 cod. comm., che disciplinava il conflitto di interessi amministrativo con la previsione di una fattispecie del tutto analoga all'attuale (salva la più ristretta accezione dell'interesse per conto terzi). E gioverà ricordare che, nell'interpretazione dell'art. 150 cod. comm., non si dubitava che il conflitto dovesse essere giudicato con riferimento al concreto interesse della società nell'operazione divisata e che quindi il controllo, affidato ai sindaci, investisse il merito dell'operazione (cfr. NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., pp. 558-560).

La diversità di formulazione può spiegarsi con la circostanza che, mentre nell'art. 2373 la valutazione del conflitto va compiuta con riferimento a deliberazioni assembleari destinate a determinare il concreto interesse comune dei soci, nell'art. 2391 vengono in considerazione le modalità concrete di una operazione economica (cfr. la diversa formula legislativa), rispetto alla quale l'interesse sociale viene considerato come un dato, cui gli amministratori sono vincolati: in coerenza con il principio che i soci decidono sovranamente quale sia il loro concreto interesse comune, mentre per gli amministratori è posto un vincolo di comportamento nell'altrui interesse. Il potere, spettante all'amministratore, di determinare l'interesse comune, appare così più circoscritto di quello proprio dei soci, è sottoposto al controllo assembleare e, in caso di conflitto di interessi, al controllo giudiziario (anche nella previsione che il conflitto si rifletta in seno all'assemblea e che questa non sia, in tal caso, l'organo più idoneo ad una obiettiva valutazione dell'operato degli amministratori: GRECO, *Atti invalidi degli amministratori*, cit., in *Riv. società*, 1963, 820).

Per gli amministratori il problema pratico risolto dalla disciplina sul conflitto di interessi si porrebbe, in altri termini, diversamente che per i soci. A garanzia dell'autonomia societaria è posto però un limite al potere giudiziale di riesame (oltre alla ricorrenza dell'interesse particolare nell'amministratore). Presupposto dell'annullamento è infatti l'iniziativa degli amministratori assenti e dissenzienti o dei sindaci (art. 2391, 3° comma cod. civ.). Attraverso tale limitazione viene affidata una preliminare valutazione, nell'ambito degli stessi organi amministrativi della società, a persone non coinvolte nel conflitto. Solo quando tra più soggetti, tutti vincolati a perseguire l'interesse sociale, si determini, in presenza di un interesse particolare, un contrasto di valutazioni circa l'interesse concreto della società, la determinazione dell'interesse sociale viene demandata al magistrato. In tal caso, data la ricorrenza dell'interesse personale, il dissenso non verrà risolto con l'applicazione del principio maggioritario, né appaiono sufficienti le garanzie interne all'ordinamento societario.

La disposizione, che appare eccezionale a chi ricorda il precedente controllo interno (art. 150 cod. comm.) e rileva la mancanza di un ricorso al sovrastante organo assembleare (GRECO, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1963, 819-820), manifesta così piuttosto il diverso principio, per il quale, a causa dell'inefficienza di quel controllo, chi è vincolato all'interesse sociale può invocare, in presenza di interessi particolari di taluni amministratori, la valutazione giudiziale (contro il carattere eccezionale della norma, ma con diversa argomentazione, v. SALANITRO, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, cit., p. 69 sgg.; v. anche OPPO, *In tema di «invalidità» delle deliberazioni del consiglio di amministrazione delle società per azioni (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. società*, 1967, 930 sg.).

Conferma di tale interpretazione – che, come sopra rilevato, trova riscontro nella diretta derivazione storica della norma dall'art. 150 cod. comm., laddove l'art. 2373 cod. civ. appare piuttosto ispirato dal § 197 abs. 2 AktG. 1937 – può ancora ravvisarsi nell'analoga formula adottata per la disposizione penale (art. 2631 cod. civ.): dove appare giustificato che la gravità di una sanzione penale richieda una concreta valutazione degli interessi in conflitto e quindi un pieno riesame del merito da parte del magistrato.

6. Inquadramento dell'orientamento accolto nella problematica dei rapporti tra ordinamenti particolari e giurisdizione statuale e raffronto con l'istituto dell'eccesso di potere in diritto pubblico

Sotto il profilo sistematico, va infine osservato che l'orientamento qui accolto, che opta per un'accezione astratta dell'interesse sociale indicato nell'art. 2373 cod. civ. ([105]), trova una più ampia giustificazione se inquadrato nella problematica generale dei rapporti tra ordinamenti particolari e giurisdizione statuale e se raffrontato, in tale prospettiva, con il parallelo indirizzo, che si è venuto delineando nella dottrina del diritto pubblico con riguardo all'istituto dell'eccesso di potere ([106]).

Nell'intento di precisare i confini tra giudizio di legittimità e giudizio di merito e sulla base di una più attenta considerazione delle modalità con le quali il rimedio dell'eccesso di potere si è venuto progressivamente determinando, la recente dottrina del diritto pubblico ha osservato infatti che al magistrato non è consentita la rinnovazione della ponderazione degli interessi istituzionalmente demandata all'autorità amministrativa. È apparsa quindi inattendibile la convinzione, espressa largamente nella dogmatica pubblicistica tradizionale e ripresa pacificamente dalla dottrina commercialistica, per la quale l'indagine avrebbe dovuto portarsi sull'interesse che, in concreto, l'atto avrebbe dovuto perseguire, solo cercandosi di limitare il sindacato di merito alle manifeste deviazioni dall'interesse pubblico (nella nostra materia, dall'interesse sociale).

Si è così rilevato che il rimedio, lungi dal consentire un raffronto tra gli interessi realizzati nell'atto concreto e l'interesse pubblico, cui l'atto debba essere preordinato, ha, all'opposto, come condizione generale, la preclusione per il giudice di accertare in modo diretto la corrispondenza dell'atto al fine ([107]). Esso rappresenta piuttosto uno strumento predisposto per sindacare indirettamente l'uso del potere discrezionale esercitato con l'emanazione del provvedimento ([108]): di

---

Né infine appare abnorme, come si rileverà anche nel testo (v. avanti, al n. 7) e se non si sovrappongono esigenze di armonia sistematica alla valutazione dei problemi pratici legislativamente risolti, che la nozione di interesse sociale assuma significati diversi nei vari contesti nei quali essa venga enunciata, in dipendenza dei diversi problemi per i quali venga utilizzata.

([105]) È chiaro che l'aggettivo «astratto» viene usato nel testo non solo e non tanto ad indicare l'astrazione dai moventi individuali dei soci (così, ad esempio, MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 319-320), ma in contrapposizione al concreto ed obiettivo interesse comune alla singola operazione.

([106]) Per una più ampia considerazione del tema mi permetto rinviare al mio *Appunti sulla portata giuridica del previsto sindacato per eccesso di potere nelle società per azioni*, in *La riforma delle società di capitali in Italia*, Atti Conv. internaz. studio rif. S.p.A. ottobre 1966, Milano, 1968, vol. II, p. 732 sgg.

([107]) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*[6], Padova, 1962, p. 322.

([108]) MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, pp. 137-138; OTTAVIANO, *Studi sul merito degli aiti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato*

qui il rilievo decisivo delle c.d. figure sintomatiche, delle quali il costante indirizzo giurisprudenziale induce ad affermare la natura e funzione autonome ai fini dell'annullamento dell'atto ([109]). Anche la figura dello sviamento di potere – la cui tecnica giuridica presenta maggiore affinità con il conflitto di interessi – non comporta una deviazione del potere dal concreto interesse pubblico che il provvedimento debba realizzare, ma indica l'uso del potere per un fine non riconducibile a quelli, alla cui soddisfazione la legge consente di provvedere con quell'atto ([110]).

In tale prospettiva, il rimedio dell'eccesso di potere si coordina non ad una disciplina dell'atto, ma a una disciplina del procedimento: grazie ad esso, assumono rilevanza giuridica taluni principi, che devono informare l'attività amministrativa ([111]). La repressione dell'abuso viene realizzata attraverso la previsione di una disciplina concernente la legalità sostanziale del procedimento di formazione dell'atto piuttosto che consentendo al magistrato di valutare, con autonoma ponderazione, la convenienza, delle scelte effettuate nell'ambito dell'ordinamento particolare.

---

e di studi legislativi, vol. 22, Roma, 1947, p. 328 sgg.; BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, p. 286.

([109]) Cfr. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 6 sgg. e 17 sgg.; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, 1962, p. 420 sgg.

Il necessario riferimento all'indirizzo giurisprudenziale per determinare la portata giuridica dell'istituto dell'eccesso di potere è stato di recente criticato (MAISANO, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 100), come espressione di una tendenza generale a riconoscere una funzione pretoria della giurisprudenza, in netto contrasto con il sistema normativistico del diritto. Non si è peraltro tenuto presente che – senza bisogno di prendere posizione, in via generale, sui rapporti tra legge scritta e opera giurisprudenziale – nel caso specifico l'elaborazione dell'istituto pubblicistico dell'eccesso di potere rappresenta certamente frutto di creazione della giurisprudenza del Consiglio di Stato, dato l'originario modestissimo riferimento legislativo, sul quale si è innestata l'opera della giurisprudenza (cfr., anche nella dottrina commercialistica, per il rilievo che in diritto amministrativo «il concetto fu acquisito a piccole tappe, in virtù d'una lunga elaborazione giurisprudenziale e dottrinale e in virtù di una maggiore penetrazione nella indagine giuridica, determinata appunto dalle esigenze pratiche», FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in questa *Rivista*, 1934, I, 724-725). Sembra inevitabile riconoscere, in altri termini, con la dottrina giuspubblicistica pressoché unanime, che il rimedio costituisce proprio un caso esemplare di attività creativa della giurisprudenza amministrativa, qualsiasi giudizio si voglia dare, in sede di teoria generale, sul carattere eccezionale o naturale di tale intervento. Nel momento poi in cui si postula l'estensione del rimedio ad altro ramo del diritto (nel caso, al diritto societario), dovrà farsi riferimento all'istituto quale effettivamente realizzato e operante nel diritto pubblico, salvi gli eventuali necessari adattamenti derivanti dalla recezione in un sistema normativo diverso, non all'originaria accezione di esso, non più operante nello stesso sistema dal quale si intende mutuare l'istituto.

([110]) Cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*[8], Milano, 1958, vol. II, pp. 202-203; e v., per una concezione parzialmente diversa, che non tocca però il problema generale affrontato nel testo, PIRAS, *op. cit.*, p. 444 sgg.

([111]) Cfr. BENVENUTI, *op. cit.*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 22 sgg.; PIRAS, *op. cit.*, pp. 410 e 428.

L'ordinamento giuridico generale garantisce così, in linea di principio, l'autonomia dell'ordinamento particolare ([112]). Nella stesso tempo, offre una rigorosa sanzione dell'abuso: escludendo, in particolare attraverso la figura dello sviamento di potere, la legittimità del perseguimento di interessi particolari non riconducibili alla sfera di interessi, alla cui soddisfazione è preordinato lo strumento giuridico fornito all'autonomia pubblica. Dal punto di vista dell'ordinamento particolare, assumono rilevanza giuridica le esigenze funzionali dell'organizzazione, valutate alla luce delle sue caratteristiche tipiche e non attraverso un apprezzamento delle concrete finalità dell'atto.

È agevole rilevare la piena concordanza di tale orientamento con quello qui accolto per il conflitto di interessi e cioè per un istituto, che si pone al confine con l'eccesso di potere. Anzi, se va rimeditata, alla luce di quanto ora accennato, la convinzione comune alla dottrina commercialistica, secondo la quale appariva indiscutibile, in sede di applicazione del rimedio dell'eccesso di potere, la facoltà del magistrato di accertare le manifeste deviazioni dall'interesse sociale, è chiaro che tanto meno potrà essere ammesso un sindacato della politica economica societaria nell'applicazione della disciplina del conflitto di interessi assembleare, alla quale è unanimemente riconosciuto un campo di applicazione più ristretto di quello assegnato all'istituto dell'eccesso di potere. Ciò non significa ovviamente che venga a mancare la repressione dell'abuso, ma solo che essa può realizzarsi anche attraverso l'uso di strumenti giuridici, che garantiscano l'autonomia dell'ordinamento particolare.

7. Possibile pluralità di significati dell'interesse della società. La formula dell'interesse dei soci come tali. Significato dell'interesse sociale (tipico) indicato nell'art. 2373

L'analisi sin qui compiuta dimostra, su base normativa, come uno degli equivoci insorti nella determinazione dell'interesse sociale *ex* art. 2373 cod. civ. sia derivato dall'ambizione della dottrina di dare una definizione generale dell'interesse della società, nell'implicito presupposto che tale espressione, ove usata dal legislatore, non possa essere stata assunta che con identico significato in tutti i contesti normativi ([113]). Si è così sovrapposto un concetto dogmatico, dedotto dal-

([112]) V., con riferimento agli ordinamenti interni amministrativi, BASSI, *La norma interna*, cit., p. 207 sgg.; OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 828 sgg.

([113]) V. però esattamente ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civ.*, cit., in *Riv. società*, 1956, 95 e 97; e v. pur con diversa soluzione rispetto a quella offerta nel testo, l'esatta impostazione di MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., *in Riv. dir. civ.*, 1956, 315 sgg.

l'enucleazione di taluni caratteri generali della disciplina societaria, all'analisi dei termini legislativi nelle singole disposizioni. Non vi è quindi meraviglia se, nelle esposizioni della dottrina, l'interpretazione dell'art. 2373 risulta per lo più stemperata nella generale problematica dell'interesse sociale nelle società per azioni e condizionata dai risultati raggiunti in tale indagine dogmatica. Non si considera che la nozione di interesse della società – analogamente a quanto ampiamente rilevato dalla dottrina civilistica per il parallelo concetto di causa del negozio giuridico ([114]) – può assumere, sul piano normativo, significati diversi, in funzione dei diversi problemi per i quali il concetto venga utilizzato.

Così, l'irrilevanza, nell'art. 2373, del concreto e obiettivo interesse della società non significa che tale nozione non possa essere stata recepita in altre disposizioni legislative per talune categorie di deliberazioni, per le quali si sia ravvisata l'opportunità di un controllo di merito (come ritenuto, ad esempio, da diffusa dottrina, nell'ipotesi dell'art. 2441^3 cod. civ.). Così anche potrà pure assumersi, seguendo una corrente indicazione, un generale concetto dogmatico di interesse sociale riferito alla singola e concreta deliberazione. Occorrerà però precisare che, in tal caso, il termine viene usato con un significato diverso da quello adottato nell'art. 2373 cod. civ. Ove il concetto venga adoperato in tale diversa accezione, si potrà convenire che l'interesse della società si risolve nell'interesse (inteso in senso obiettivo e non meramente psicologico) dei soci di maggioranza ([115]). Nella disciplina societaria non è infatti previsto, con una norma generale, quel controllo tecnico-economico della valutazione maggioritaria, che solo renderebbe rilevante un generale concetto di interesse sociale concreto distinto dall'interesse obiettivamente realizzato dalla maggioranza assembleare. Si dovrà avvertire però, trattandosi di nozione dogmatica, che da essa non possono trarsi deduzioni normative.

A questo punto deve essere precisato, tornando all'interpretazione dell'art. 2373, cosa esattamente si intenda per interesse astratto o tipico rilevante *ex* art. 2373^1, in contrapposizione all'interesse della società in una determinata operazione economica.

Il quesito non è risolto con la formula, adottata da una larga dottrina, per la quale l'interesse sociale consiste nell'interesse dei soci «come tali» o nell'interesse individuale del socio *uti socius* ([116]). Il significato della espressione risiede nel-

([114]) Cfr. GORLA, *Il contratto*, vol. I, Milano, 1955, p. 262 sgg.; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Metodo – teoria – pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 77; GIORGIANNI, voce *Causa* (dir. priv.), in *Encicl. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 547 sgg.

([115]) Così CANDIAN, *Il diritto del socio nelle società c. d. di capitali. Natura giuridica*, in *Temi*, 1962, p. 73; In., *Per la qualificazione del contratto di società*, in *Riv. società*, 1963, 258 sgg.; in senso critico v. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., pp. 96-97.

([116]) V. dietro, alla nota 8.

l'identificazione dell'interesse della società con quello del gruppo sociale; talora si estende ad escludere anche la rilevanza di un interesse del gruppo distinto dall'interesse individuale ([117]), nell'implicito presupposto che ammettere l'esistenza di un interesse afferente al gruppo e distinto dagli interessi dei soci *uti singuli* significhi riconoscere la rilevanza di un interesse superiore istituzionale. A quest'ultimo orientamento può replicarsi che la distinzione tra interesse individuale e interesse del gruppo attiene al riconoscimento di un autonomo centro di imputazione, mentre l'affermazione di un interesse istituzionale, superiore a quello dei soci, è collegata al diverso problema della natura degli interessi rilevanti (e cioè, in particolare, se l'interesse sociale comprenda anche l'interesse dei terzi e l'interesse pubblico). Con riferimento ad ambedue le interpretazioni va osservato che la risoluzione dell'interesse della società nell'interesse del socio in quanto tale o nell'interesse comune al gruppo non indica ancora quali interessi siano propri dei soci come tali, in contrapposizione agli interessi extrasociali.

Allorché si è inteso determinare quegli interessi, la formula è stata interpretata in due sensi diversi, che hanno confermato l'oscillazione ricorrente tra un'accezione astratta ed altra concreta dell'interesse sociale. Così da un lato, nella individuazione dell'interesse sociale si è ritenuto che debba prescindersi dalla concreta deliberazione ([118]) e vada fatto riferimento al «minimo comun denominatore, che unisce i soci dalla fondazione della società al suo scioglimento» e cioè allo scopo del contratto di società ([119]). D'altro canto, la formula indicherebbe che deve prendersi l'avvio dagli interessi dei soci «in concreto nel dato momento», depurandoli da ogni interesse extrasociale: l'interesse dei soci come tali si risolve così non già nello scopo sociale, ma concretamente «nella realizzazione di quanto è idoneo a soddisfare lo scopo sociale» ovvero nell'«interesse la cui realizzazione si risolve in una proporzionale soddisfazione dell'interesse individuale di ciascun socio» ([120]). In questa seconda accezione si richiede quindi un pieno esame del merito, per accertare quali concreti interessi debbano qualificarsi come extrasociali e quali invece, realizzandosi, siano idonei a soddisfare lo scopo sociale. La formula riproduce così, nei diversi orientamenti, l'ambiguità rilevata a proposito della nozione di interesse sociale.

Giova avvertire inoltre che la formula adottata (che risolve l'interesse comune nell'interesse individuale del socio come tale) non rispecchia neppure l'effettiva

---

([117]) ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza*, cit., in *Studi in tema di società*, p. 122; ID., *Interesse sociale*, cit., *ivi*, p. 163.

([118]) ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civ.*, cit., in *Riv. società*, 1956, 95.

([119]) MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., in *Riv. società*, 1958, 748; cfr. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., pp. 395-396.

([120]) La prima definizione è di MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1956, 320, la seconda di MENGONI, *Appunti*, cit., in *Riv. società*, 1956, 444.

portata dei due orientamenti appena descritti, che pure a quella formula si riportano. Nelle descrizioni riferite l'interesse comune risulta infatti ulteriormente (ed esattamente) delimitato con l'implicita esclusione di quegli interessi individuali dei soci che, pur composti e fissati dal contratto sociale, restano tipicamente nella sfera di interessi personali dei singoli. Vengono così esclusi dall'interesse comune gli interessi dei singoli alla proporzione reciproca nella ripartizione dell'utile o, più in generale, all'entità proporzionale della rispettiva quota di partecipazione. Tali interessi – diversamente dall'interesse di tutti alla, destinazione dell'utile ai membri del gruppo sociale, che costituisce tipicamente un interesse comune – riguardano bensì i soci in quanto tali, ma non concernono «il minimo comune denominatore, che unisce i soci dalla fondazione della società al suo scioglimento» (e cioè lo scopo sociale) o la «realizzazione di quanto è idoneo a soddisfare lo scopo sociale», secondo i due orientamenti considerati. Essi attengono infatti alla imputazione in capo ai singoli soci delle posizioni giuridiche, che formano la partecipazione sociale (e delle utilità economiche, che da questa derivano).

Prescindendo pertanto dalla formula dell'interesse individuale del socio come tale, ritengo che, quanto al significato dell'interesse sociale *ex* art. 2373[1], debba aderirsi, per quanto rilevato, al primo dei due indirizzi appena indicati. Nell'ambito degli interessi, alla cui soddisfazione è preordinata la disciplina del rapporto societario, l'interesse sociale tipico indicato nell'art. 2373[1] si restringe precisamente a quegli elementi, dei quali è rimessa ai soci la concreta valutazione e che non trovano, per conseguenza, un'immediata tutela in rigidi vincoli legislativi. In altri termini, esso si restringe agli elementi menzionati nell'art. 2247 cod. civ. ed attinenti al c.d. scopo sociale (inteso in senso ampio, a comprendere sia il c.d. scopo-mezzo che il c.d. scopo-fine). L'interesse della società si pone come interesse a un lucro comune da realizzare attraverso una comune attività e da devolvere a tutti i soci. Pur nel rispetto della determinazione maggioritaria del concreto interesse comune, l'interesse del socio trova un limite giuridico nel carattere comune dell'attività, del lucro e della devoluzione di questo ai soci ([121]).

([121]) Si deve convenire inoltre con la dottrina dominante che il limite dell'interesse sociale non si estende ad abbracciare interessi estranei al gruppo. Pur se si ritenga infatti che la disciplina societaria sia posta a tutela anche dell'interesse dei terzi e dell'interesse generale al corretto funzionamento delle società per azioni, in correlazione con i privilegi di cui gode l'esercizio collettivo dell'attività economica nelle forme delle società capitalistiche (in primo luogo, la limitazione della responsabilità dei soci), non vi è alcun indice legislativo, da cui risulti l'imposizione ai soci di un limite dell'interesse generale nella determinazione delle decisioni comuni. Al contrario, è palese l'orientamento normativo tendente a realizzare, ove necessario, la tutela dell'interesse generale attraverso la previsione di specifici divieti, che non lasciano ai soci margine di apprezzamento di interessi ad essi non propri e quindi da loro non correttamente valutabili.

L'osservazione appena formulata esige peraltro una riserva per le società a prevalente partecipazione pubblica. Sull'argomento, che richiederebbe una trattazione esulante dai limiti della presente indagine, è possibile solo enunciare talune riflessioni.

È noto che, in correlazione con una evoluzione di orientamenti nella società civile, trova oggi sempre più ampio credito anche presso i privatisti l'indirizzo, che ritiene utilizzabile la struttura giuridica privatistica delle società per azioni per il diretto perseguimento di finalità pubbliche: che, in altri termini, riconosce legittimamente perseguibili da parte dell'ente pubblico azionista interessi generali in contrasto con lo scopo privatistico delle società per azioni e, in particolare, con il fine lucrativo (cfr. COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Arch. giur.*, 1965, 45 sgg.; FERRI, *Il programma di sviluppo economico per il quinquennio 1965-1969 nei suoi aspetti privatistici*, in questa *Rivista*, 1965, I, 199; DE FERRA, *In margine alla riforma della società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. società*, 1967, 800 sgg.; *Contra*, SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv*, *società*, 1958, 57; per la delicatezza del problema v. MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1956, 334, nota 96).

La soluzione positiva del problema è affidata all'alternativa o di ritenere autorizzata, in deroga all'art. 2373 cod. civ., la realizzazione di interessi pubblici extrasociali o di ritenere compresa nello stesso scopo delle società miste (e quindi nell'interesse sociale indicato nell'art. 2373 cod. civ.) una componente pubblicistica. Nella seconda prospettiva, l'interesse sociale di cui all'art. 2373 assumerebbe, nelle società a prevalente partecipazione pubblica, una diversa caratterizzazione, divenendo un punto di incontro di interessi diversi (COTTINO, *op. cit.*, in *Arch. giur.*, *1956*, 67-68; FERRI, *op. cit. loc. cit.)*, enucleabili non solo dall'art. 2247 cod. civ., ma anche da quelle disposizioni legislative, che incidono sugli scopi essenziali delle società in mano pubblica. Il dato di esperienza che le società a partecipazione pubblica seguono spesso orientamenti diversi dalle imprese private anche in ordine a problemi economici e organizzativi di estrema importanza (NICOLÒ, *Profili giuridici della riforma delle società per azioni*, in *Riv. società*, 1967, 64) non costituirebbe quindi una rilevazione di comportamenti abusivi (così invece SENA, *op*, *cit.*, *loc. cit.)*, ma viene ricondotto a un quadro legittimante.

L'orientamento, che prende atto di una realtà emergente sul piano economico-sociale, si fonda sull'evoluzione normativa suggellata dalla L. 22 dicembre 1956, n. 1589, istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali, alla quale va oggi aggiunta la L. 27 luglio 1967, n. 685 di approvazione del programma economico nazionale per il quinquennio 1966-1970. Si osserva infatti che l'inquadramento, imposto dalla L. 22 dicembre 1956, n. 1589, di tutte le partecipazioni statali in enti autonomi di gestione e la loro sottoposizione alle direttive e ai controlli del Ministero delle partecipazioni statali, con l'obbligo di redazione di programmi da presentare al Parlamento, sancisce definitivamente la funzionalizzazione delle partecipazioni statali non al conseguimento del massimo utile, ma, in via primaria, alla soddisfazione delle esigenze di un equilibrato sviluppo economico del paese (cfr. COTTINO, *op. cit.*, in *Arch. giur.*, 1965, 51 sgg.; FERRI, *op. cit.*, *loc. cit.;* DE FERRA, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1967, 797 sgg.; CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962; OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. società*, 1960, 1037 sgg.; D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960).

Tale finalizzazione appare ulteriormente confermata dalla legge di approvazione del piano, che fa espressamente dell'impresa pubblica – intesa in senso ampio, comprensivo delle imprese rivestite della forma delle società a partecipazione statale – il perno propulsivo dello sviluppo economico, con una netta distinzione, quanto al modo di operare delle finalità pubbliche, rispetto alle imprese a direzione privata, per le quali non è prevista alcuna diretta funzionalizzazione agli interessi pubblici, ma solo l'uso dei tradizionali strumenti indiretti, che agiscono sulle scelte private favorendone o ostacolandone l'attuazione (cfr. PIVATO, *L'efficienza delle imprese pubbliche*, Milano, 1967, p. 42; COTTINO, *op. cit.*, in *Ardi*, *giur.*, 1965, 65; e v. L. 27 luglio 1967, n. 685, P. I. cap. Ili, n. 18 del programma nazionale: «Le imprese e gli enti pubblici dotati di autonomia organizzativa e finanziaria

hanno la responsabilità, *anche per le imprese da essi controllate*, di conformare le loro decisioni agli obiettivi del programma. Ciò comporta l'esame preventivo dei programmi specifici e l'esame dei risultati da parte degli organi della programmazione. Nei confronti delle imprese private, l'azione programmatica si esplicherà attraverso il coordinato esercizio dei poteri attribuiti dalla legislazione vigente agli organi pubblici e la formulazione di politiche atte ad influenzare le valutazioni di convenienza degli operatori»; cfr. P. IV, cap. XIX, n. 194 e spec. n. 202: «Nel quinquennio 1966-70 occorre garantire il consolidamento della posizione delle imprese pubbliche in tali settori, e riaffermare la *funzione propulsiva affidata alle partecipazioni statali* nell'ambito dell'industria nazionale. Si rende necessaria la definizione di nuove direttive di intervento che assicurino *la stretta congruenza dello sviluppo delle iniziative pubbliche con le finalità del programma. Le imprese pubbliche e a partecipazione statale dovranno sviluppare il proprio intervento* nei settori di base e dei servizi e in attività manifatturiere, *in modo da indirizzare l'intero sviluppo economico nazionale*; In particolare, le imprese a partecipazione statale potranno fornire importante contributo alla soluzione di due grandi problemi dello sviluppo economico nazionale: *a)* l'assunzione di specifiche responsabilità nella realizzazione dei programmi di industrializzazione riguardanti i poli di sviluppo integrato nel Mezzogiorno; *b)* l'azione per fronteggiare i danni della congestione nelle grandi aree metropolitane, attraverso una soluzione unitaria del problema delle vie di comunicazione e dei trasporti urbani e suburbani. *Un'ulteriore linea di intervento delle imprese a partecipazione statale è rappresentata dalle iniziative da assumere in settori* che comportano un elevato e rapido assorbimento di innovazioni tecnologiche, e *nei quali l'iniziativa privata trova ostacolo nell'alto rischio* connesso con i problemi della progettazione e con la rapida evoluzione tecnologica»).

In tale quadro va interpretato il criterio della economicità di gestione, sancito dall'art. 3 L. 22 dicembre 1956, n. 1589. Esso non significa che venga meno il fine della redditività dell'impresa pubblica, posto che la produzione di un reddito – e anche, se le concrete circostanze lo richiedano, di un sovrareddito, che consenta l'autofinanziamento – rappresenta uno dei segni dell'efficienza economica (PIVATO, *L'efficienza delle imprese pubbliche (Le imprese pubbliche in forma di società per azioni)*, in *Riv. società*, 1967, 768-772; cfr. OTTAVIANO, *op. cii.*, in *Riv. società*, 1960, 1020 e 1035 sgg.; D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, cit., p. 156); ma significa che il perseguimento dell'utile si pone come fine concomitante alle finalità di ordine pubblico e da coordinare con esse (cfr. COTTINO, *op. cit.* in *Arch. giur.*, 1965, 53-54; e v. ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. società*, 1959, 1013, per il quale il fine che l'ente pubblico si propone nelle società a partecipazione non si identifica con lo scopo lucrativo della società, il quale, per sua natura, si presenta «come "neutro" rispetto alla finalità di un equilibrato sviluppo economico del paese»), tra l'altro potendosi realizzare nel quadro di una economicità di gruppo piuttosto che di ogni singola impresa (DE FERRA, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1967, 803; e v. COTTINO, *op. cii.*, in *Arch. giur.*, 1965, 53, nota 26).

È chiaro che tale orientamento riconosce agli azionisti privati, nelle società a prevalente partecipazione statale, una minore tutela giuridica di quella di cui godono i soci di una società per azioni a direzione privata (così, ad esempio, ai fini dell'applicazione dell'art. 2409 cod. civ., quanto all'obbligo degli amministratori di adottare criteri di gestione adeguati alla massimizzazione dell'utile). Tale inconveniente, sul piano economico, è peraltro in parte neutralizzato dall'esigenza, presente anche per l'impresa pubblica, di attingere al mercato dei capitali offrendo una remunerazione corrispondente ai livelli correnti e, per altra parte, compensato dalle maggiori garanzie di stabilità fornite dalla partecipazione pubblica (v. OTTAVIANO, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1960, 1035; PIVATO, *op. ult. cit.*, in *Riv. società*, 1967, 770 sgg.).

L'indirizzo delineato non comporta, infine, che gli azionisti privati siano vincolati, nella formazione delle decisioni assembleari, a tener presente l'interesse pubblico. Anche ove si ritenesse che

8. Relazione intercorrente fra i due termini: il conflitto

Determinati i termini tra i quali si pone il conflitto, è individuabile la portata della relazione normativa intercorrente fra essi. Interesse in conflitto con l'interesse della società *ex* art. 2373 è l'interesse personale incompatibile con il carattere comune dell'attività e del lucro da dividere fra tutti i soci.

Tale interpretazione, che dà al conflitto il significato più immediatamente evidente anche sotto il profilo letterale, consente di spiegare come l'art. 2373 abbia aggiunto alla menzione dell'interesse personale anche quella del conflitto con l'interesse della società. Non vi è infatti necessaria incompatibilità tra l'interesse personale del socio e l'interesse sociale, pur se quest'ultimo viene considerato tipicamente. Il divieto assoluto di interessi personali, oltre ad essere di pressoché impossibile attuazione data la inevitabile commistione, nelle società lucrative, dell'interesse del socio e dell'interesse comune, avrebbe impedito, senza giustificazione, le deliberazioni, nelle quali l'interesse personale avesse avuto caratteristiche compatibili con il carattere comune dell'attività e del lucro. In tali casi non vi sarebbe stata ragione di precludere il voto al socio solo per l'utilità indiretta che egli potesse trarre dall'attuazione della deliberazione assembleare ([122]).

Appare però opportuna una precisazione. La esigenza di una relazione di incompatibilità fra i due interessi, insieme alla qui assunta tipizzazione dell'interesse sociale, non può indurre a ritenere che il conflitto venga accertato con un semplice giudizio di carattere sillogistico, al quale sia estranea qualsiasi attività valutativa ([123]). La determinazione della contrapposizione di interessi comporta necessariamente un giudizio valutativo, demandato all'apprezzamento del magistrato. L'interpretazione qui accolta esclude che il giudice, nella individuazione dell'interesse sociale, sia legittimato a valutare il merito della politica economica societaria relativamente all'operazione considerata e possa quindi sovrapporre il proprio giudizio, in tale materia, all'apprezzamento assembleare. Essa non può invece condurre a negare gli elementi valutativi ineliminabili nell'individuazione, in concreto, della fattispecie legislativa: in particolare, nello scegliere e valutare

---

questo si compone nell'interesse sociale, qui soccorre l'esatta lettura dell'art. 2373, che non impone ai soci un obbligo di perseguire l'interesse della società.

([122]) Si aderisce così, pur in una diversa impostazione (e cioè delineando diversa- mente i due termini di riferimento), all'orientamento, che attribuisce al conflitto il significato di incompatibilità tra i due interessi contrapposti: MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 445-446; MESSINE©, *op. cit.*, *in Riv. società*, 1957, 225; JAEGER, *op. cit.*, p. 209; SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit., pp. 277-278; v. anche WEILLER, *op. cit.*, in *Foro pad.*, 1946, II, 36.

L'altro indirizzo, che ritiene sufficiente qualsiasi rapporto di divergenza fra l'interesse del socio e l'interesse della società (MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 321; ROMANO M., *op. cit.*, p. 60), è connesso al diverso presupposto che il conflitto intercorra fra due interessi concreti del socio e della società.

([123]) V. invece JAEGER, *op. cit.*, p. 213.

comparativamente le circostanze di fatto, dalle quali desumere l'esistenza della situazione di conflitto.

9. Diversità dell'impostazione accolta dalla tesi di Mengoni. Il conflitto tra soci nell'estraneità all'interesse sociale. Non riferibilità della disciplina del conflitto di interessi al principio della parità di trattamento degli azionisti

È possibile ora indicare la divergenza esistente fra la tesi qui sostenuta e quella proposta da un'attenta dottrina, che pure – al pari di quanto sopra ritenuto – esige nelle situazioni di conflitto una relazione di incompatibilità tra l'interesse personale e l'interesse comune ([124]).

Va avvertito preliminarmente che la tesi è espressamente formulata non ai fini dell'interpretazione dell'art. 2373 cod. civ. – come invece si è fatto nelle pagine precedenti ma per individuare le fattispecie alle quali la disciplina del conflitto sarebbe applicabile in via analogica. L'art. 2373 contemplerebbe infatti solo le ipotesi tipicamente qualificate da una contrapposizione oggettiva fra socio e società, nelle quali il conflitto è controllabile mediante una valutazione tipica degli interessi connessa alla posizione di controparte che il socio sia destinato ad assumere nei confronti della società ([125]). Su tale aspetto dell'orientamento – che già presenta un essenziale carattere differenziale rispetto alla posizione qui accolta, ove le situazioni di incompatibilità fra interesse personale è interesse comune vengono ricondotte direttamente all'art. 2373 – ci si è soffermati nei precedenti paragrafi.

Secondo la dottrina esaminata, anche nell'ipotesi di aumento di capitale deliberato in misura manifestamente esorbitante al fine di mortificare la minoranza vi è la persecuzione di un interesse particolare incompatibile con l'interesse sociale ([126]). Là ove la deliberazione sia destinata a procurare un vantaggio speciale a uno o più soci a spese dell'interesse di altri soci come tali, ivi è sempre una lesione dell'interesse sociale ([127]). L'incompatibilità con l'interesse comune si ha infatti in tutti i casi in cui il contenuto dell'interesse particolare sia costituito da un vantaggio speciale destinato a realizzarsi a danno di uno o più soci: in definitiva, a danno della minoranza, posto che la maggioranza, pur subendo sempre anch'essa il danno, lo neutralizza con il vantaggio extrasociale ([128]).

([124]) MENGONI, *op. cit.*, *toc. ult. cit.*

([125]) MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 448, 450 e 454.

([126]) MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 455.

([127]) Testualmente MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 454-455.

([128]) MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 445-446.

In questa prospettiva, la tesi della neutralità dell'interesse sociale di fronte a manovre della maggioranza dirette a sopraffare la minoranza cederebbe alla suggestione istituzionalista, determinando l'interesse sociale solo in funzione dell'impresa. Se invece – si osserva – l'interesse comune dei soci viene inteso non semplicemente come interesse alla massima redditività dell'impresa, ma come interesse alla realizzazione del massimo profitto con il minimo sacrificio dei soci, l'imposizione a questi di ulteriori sacrifici patrimoniali non richiesti dall'impresa sociale comporta una lesione dell'interesse comune ([129]). Da ciò deriva anche la conseguenza che la teoria del conflitto di interessi è strettamente legata al principio della parità di trattamento degli azionisti, che dalla disciplina del conflitto riceve completamento e contenuto sostanziale ([130]).

In primo luogo, l'identificazione del danno con la lesione dell'interesse comune indica che quest'ultimo è assunto in un'accezione concreta, riferita alla singola operazione economica. In tal senso, si rileva espressamente che l'interesse sociale non è un'entità immutabile, ma è un concetto essenzialmente relativo, che si concreta in varia maniera, a seconda delle circostanze in cui la deliberazione si inquadra ([131]). Qui vi è già, per quanto osservato precedentemente, un ulteriore essenziale elemento differenziale, rispetto alla posizione qui assunta, nella individuazione delle fattispecie di conflitto.

In secondo luogo, non appare accettabile la tesi, per la quale l'interesse comune comprenderebbe anche l'interesse personale dei soci al minimo sacrificio patrimoniale in rapporto ai vantaggi perseguiti: con la conseguenza che l'imposizione agli azionisti di ulteriori sacrifici non richiesti dalle esigenze dell'impresa comporterebbe una lesione dell'interesse sociale. Pur ove l'interesse sociale, secondo una formula già considerata, fosse risolto nell'interesse dei singoli soci come tali, l'interesse di questi ad evitare ulteriori sacrifici patrimoniali costituirebbe un interesse sociale solo se si dimostrasse non solo che quell'interesse è – come è agevole rilevare – identico in tutti i soci e quindi comune ad essi, ma che esso deriva dal contratto sociale. È certo infatti – ed è stato già osservato – che l'interesse sociale non si identifica in ogni rapporto di solidarietà fra gli interessi individuali degli azionisti. Una siffatta opinione non terrebbe conto del fatto che fra gli azionisti vi possono essere interessi comuni non collegati in alcun modo con la qualità di soci

---

([129]) MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 454-457; cfr. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, cit., p. 194; LIBONATI, *Holding e investment trust*, cit., pp. 336-338; v. anche GUERRA, *Le società di partecipazione*, cit., pp. 164-165.

([130]) MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 447; *Contra*, JAEGER, *op. cit.*, p. 186, nota 13, nonché RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1525 («Nel nostro ordinamento il problema può essere visto sotto il profilo ... del conflitto di interessi nel voto nella società per azioni (artt. 2373, 2391); ma in quelle norme, più che l'esigenza dell'uguaglianza, si fa strada il dovere della lealtà»).

([131]) MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 457.

della società ([132]). Per la determinazione dell'interesse sociale, anche in una prospettiva che riconduca questo all'interesse personale dei soci, occorrerà distinguere quegli interessi personali che derivano dal contratto sociale dagli interessi, pur identici in tutti i soci, ma anteriori e indipendenti dal contratto di società.

La dottrina che si esamina non offre però dimostrazione della tesi che l'interesse del socio a non subire ulteriori sacrifici patrimoniali abbia la sua fonte nel contratto sociale. Può, al contrario, rilevarsi che nell'ordinamento delle società per azioni trova piuttosto tutela giuridica l'interesse inverso ad imporre ai soci ulteriori sacrifici, sia pure sotto forma di onere e non di obbligo: visto che, in sostituzione della regola del consenso, vige il principio maggioritario anche per le modifiche del contratto sociale e quindi anche per gli aumenti di capitale che comportino l'onere di nuovi esborsi da parte dei soci. In altri termini, inerisce alle caratteristiche del rapporto societario l'interesse di ciascun socio – interesse sociale, nel senso postulato dalla dottrina considerata – ad imporre ulteriori sacrifici patrimoniali agli altri soci (sia pure sotto forma di onere ed attraverso il meccanismo maggioritario), non l'interesse ad evitare tali sacrifici. Né, per ricondurre quest'ultimo all'interesse sociale, si potrebbe argomentare dall'eventuale carattere ingiustificato dei sacrifici imposti ai soci, se prima non si dimostri positiva- mente sia l'esistenza del limite giuridico dell'abuso, sia che tale limite, quanto allo strumento giuridico adottato, si realizza attraverso la rilevanza giuridica e quindi la sindacabilità dell'interesse sociale concreto nelle singole operazioni economiche.

A guardare più a fondo, la tesi pecca per eccesso, sotto il profilo dogmatico, nel respingere esattamente le suggestioni istituzionaliste. È vero che l'interesse sociale non va determinato esclusivamente in funzione dell'impresa ([133]): ma ciò in quanto l'interesse comune, per espressa previsione legislativa (art. 2247 cod. civ.), abbraccia anche l'elemento della destinazione dell'utile ai membri del gruppo sociale, non in quanto vada ricompreso nell'interesse sociale anche l'interesse ad evitare il sacrificio personale extrasociale imposto ai soci con l'attuazione del meccanismo maggioritario.

Non risulta, in altre parole, dimostrato che nelle ipotesi di azione sopraffattrice della maggioranza ad esclusivo danno della minoranza – in particolare, nelle ipotesi di aumento di capitale disposto al fine di ridurre la partecipazione minoritaria – l'interesse particolare perseguito dai soci di maggioranza si ponga in conflitto con l'interesse comune. Con la revisione critica dei presupposti che fondano la tesi, cade anche l'affermata connessione della disciplina del conflitto di interessi con il principio della parità di trattamento.

([132]) Cfr. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 181.

([133]) V. invece PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 189-191.

10. Divergenza dell'orientamento accolto dalla recente tesi di Pellizzi. L'interesse sociale come interesse alla produttività dell'impresa nell'orientamento di Pellizzi

L'orientamento accolto diverge anche da altra recente tendenza che, al pari della dottrina appena considerata, assume l'interesse sociale in un'accezione concreta, ma, all'opposto di quella dottrina che ne dà un'interpretazione troppo estesa, ne restringe eccessivamente il significato.

Sulla base del rilievo che il momento della distribuzione dell'utile non attiene all'interesse comune, ma all'interesse individuale degli azionisti ([134]), si è infatti ritenuto che solo l'esercizio dell'attività comune concerne l'interesse sociale ([135]). Quest'ultimo è stato quindi identificato nell'interesse alla produttività dell'impresa e, in funzione di essa, alla robustezza del patrimonio sociale ([136]). Troverebbero così conferma quelle posizioni, che sembravano abbandonate dalla recente dottrina italiana, per le quali l'interesse comune dovrebbe essere visto in funzione esclusiva dell'impresa sociale. Insieme, sul piano della disciplina del conflitto di interessi, sarebbe configurabile un conflitto fra l'interesse particolare e l'interesse sociale a norma dell'art. 2373 cod. civ., allorché la maggioranza optasse, per propri interessi e contro le esigenze sociali, per la divisione degli utili anziché per l'autofinanziamento ([137]). Non altrettanto potrebbe dirsi invece nella situazione inversa (di autofinanziamento esuberante rispetto alle esigenze sociali e realizzato per interessi particolari del gruppo di maggioranza) ([138]), in quanto la divisione degli utili non attiene, in via generale, all'interesse sociale ([139]).

Gioverà subito osservare come, seguendo una diffusa impostazione metodologica, anche tale orientamento fissa dapprima, in generale, la nozione di interesse sociale, per poi applicarla senz'altro alla fattispecie legislativa del conflitto di interessi. In tal senso, l'*iter* è inverso a quello qui percorso.

Nel delineare la tesi viene rilevato esattamente, in via preliminare, che la situazione collettiva nelle società per azioni è determinata dall'intervento legislativo. L'art. 2247 cod. civ. consente di riportare a tale situazione collettiva il conferimento per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne

---

([134]) PELLIZZI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 186-188.

([135]) PELLIZZI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 189.

([136]) PELLIZZI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 191.

([137]) PELLIZZI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 190.

([138]) Si veda, ad esempio, il caso sottoposto alla Cour d'Appel de Paris, 28 febbraio 1959, in *Sirey*, 1959, J., 134 e alla Cass. com., 18 aprile 1961, in *Dalloz*, 1961, J,, 661.

([139]) Salvo che la distribuzione di dividendi sia «necessaria o utile per interessi sicuramente "sociali" (prestigio della società, attrazione di nuovo capitale, superamento di discordie interne, ecc.)»: PELLIZZI, *op. cit.*, *toc. ult. cit.*

gli utili ([140]). La nozione viene però immediatamente circoscritta. Vengono così eliminati da essa sia i conferimenti che il momento della divisione degli utili, i quali atterrebbero non al «collettivo», ma all'«individuale». Con particolare riferimento alla distribuzione dell'utile, manca – si osserva infatti – un criterio obiettivo, grazie al quale determinare il tempo e il modo della distribuzione: questi «per loro natura» sono sottratti alle regole proprie dell'interesse comune ([141]). La tesi trova pertanto il suo fondamento ultimo in ragioni di ordine logico.

Sotto il profilo logico, peraltro, ciò che concettualmente attiene all'interesse individuale è la proporzione dell'utile fra i soci. Su essa verte quell'antagonismo iniziale, cui fa cenno la dottrina considerata, dato che ogni futuro socio cercherà di ottenere la massima proporzione di vantaggi con il minimo onere. Tale ripartizione, riguardando l'«individuale», non è, di massima, rimessa alla deliberazione maggioritaria, ma è fissata dalla legge o dal contratto sociale, che compongono il conflitto di interessi anteriore alla stipulazione del negozio di società. La natura individuale dell'interesse alla reciproca proporzione dell'utile non comporta però che si debba riconoscere analogo carattere anche all'interesse alla destinazione del lucro a tutti i membri del gruppo sociale. Al contrario, sotto l'aspetto logico, questo rappresenta, per definizione, un caratteristico interesse comune, in quanto proprio, allo stesso modo, di tutti i soci.

Sotto il profilo normativo, la devoluzione dei vantaggi conseguiti ai soci rappresenta un interesse comune al gruppo sociale, derivante dal contratto di società (art. 2247 cod. civ.). Non solo il conseguimento del lucro, ma anche la destinazione di questo ai membri del gruppo sociale fa parte di quegli interessi comuni, per i quali è costituita e vive la società: è cioè elemento del «collettivo», secondo la terminologia della dottrina che si esamina. Se poi, come ritiene questa dottrina, si considera la distribuzione dell'utile in concreto (discutendo «del tempo e del modo di tale distribuzione») e si osserva che questa non trova nel concetto di interesse comune una regola obiettiva di determinazione, si dovrà da ciò dedurre la irrilevanza normativa dell'interesse sociale concreto (e la rilevanza piuttosto, come qui sostenuto, dell'interesse sociale tipico), non la delimitazione dell'interesse sociale al solo momento della, produttività dell'impresa. L'argomento può essere esteso infatti anche a tale elemento, visto che, neppure ai fini della determinazione delle esigenze produttive dell'impresa e di ciò che queste richiedano, è previsto un vincolo giuridico a carico dei soci, né sono fissate legislativamente regole obiettive, che consentano un controllo della valutazione maggioritaria.

Mentre non vi è pertanto ragione di escludere l'interesse alla devoluzione del lucro a tutti i soci dall'interesse sociale tipico contemplato dall'art. 2373 cod. civ., dovrà invece negarsi che una deliberazione di divisione degli utili possa essere

---

([140]) PELLIZZI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 185-186.

([141]) PELLIZZI, *op. sii.*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 186-187.

considerata in contrasto con l'interesse sociale *ex* art. 2373 solo in quanto contraria, in concreto, alle esigenze dell'impresa sociale.

11. Significato del requisito del danno potenziale per la società. Esso non indica semplicemente la direzione del voto esercitato dal socio di maggioranza

Con la richiesta, nell'art. 2373[2], di un danno potenziale per la società, è posto un ulteriore requisito per l'annullamento della deliberazione assembleare presa in conflitto di interessi: requisito attinente non più, come nel primo comma, alle caratteristiche del voto del socio e quindi alla fase procedimentale, ma agli effetti pratici della deliberazione.

Assunto – come si è ritenuto nelle pagine precedenti – l'interesse sociale indicato nell'art. 2373[1] in senso tipico, l'elemento del danno rappresenta la verifica concreta degli effetti della deliberazione per il gruppo sociale. Esso non indica quindi semplicemente la direzione del voto esercitato dal socio di maggioranza in senso favorevole al proprio interesse particolare ([142]). Il socio, in violazione del divieto posto dall'art. 2373[1], può avere perseguito, con il voto, un interesse particolare incompatibile con gli interessi tipici della comunione societaria – così, ad esempio, uno specifico interesse ad un lucro particolare non destinato a realizzarsi attraverso l'utile comune – e tuttavia può non essere ipotizzabile, in concreto, un pregiudizio patrimoniale per il gruppo sociale: come quando l'operazione, pur votata dal socio nel proprio interesse particolare, si dimostra vantaggiosa anche per la società e cioè conforme al concreto interesse patrimoniale del gruppo. Avendo presenti tali casi di deliberazioni prese con il voto determinante in conflitto di interessi, ma tuttavia utili anche alla società, si era rilevata, vigente il codice di commercio, l'inopportunità di imporre l'abbandono dell'operazione per la sola esistenza del conflitto ([143]). Nella definitiva formulazione del codice civile, si è così accolto l'autorevole suggerimento della dottrina, che chiedeva che la sanzione dell'annullamento fosse collegata anche alla presenza dell'ulteriore requisito del danno sociale (non previsto nei precedenti progetti di riforma del codice di commercio) ([144]): in analogia a quanto disposto nel § 197 Abs. 2 AktG 1937, si è aggiunta la previsione del danno a quella del conflitto.

A conferma, rilevo che l'elemento del danno per la società costituisce un requisito più ristretto della lesione dell'interesse comune dei soci, pur se questo vie-

---

([142]) V. invece MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 325; ROMANO M., *op. cit.*, p. 46.

([143]) NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., p. 558.

([144]) DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., p. 396: v. dietro, al n. 2.

ne inteso in senso concreto con riferimento ad una determinata operazione. Mentre infatti l'interesse sociale concreto abbraccia ogni interesse comune a tutti i soci e la cui rilevanza derivi dal contratto di società ([145]), la nozione del danno si restringe alla lesione di un interesse avente rilevanza patrimoniale ([146]): nel caso, alla lesione di un interesse attinente al patrimonio destinato all'attività comune. Comunque venga assunto l'interesse sociale, la nozione del danno pone quindi un requisito autonomo rispetto alla verifica dell'inosservanza del divieto di voto da parte del socio in conflitto. Per l'annullamento della deliberazione è necessario accertare che dalla deliberazione presa con il voto determinante dell'azionista possa derivare una concreta lesione patrimoniale per il gruppo sociale.

In tale quadro, acquista preciso significato anche il concorrente carattere della potenzialità, che inerisce al requisito legislativo del danno – l'articolo 2373[1] non richiede l'effettivo verificarsi del pregiudizio, ma solo che dalla deliberazione *possa* derivare danno alla società – ed al quale, nella dottrina prevalente, viene dato minimo rilievo.

L'obliterazione di tale notazione legislativa è, del resto, comprensibile nella dottrina, che attribuisce alla menzione del danno la funzione del controllo della direzione del voto. In tale prospettiva, infatti, il danno coincide con la lesione dell'interesse sociale conseguente al voto maggioritario dato nel proprio interesse e in contrasto con l'interesse comune. L'elemento della possibilità non può avere quindi la sua sfera di incidenza che nel limitato periodo anteriore all'attuazione della deliberazione lesiva dell'interesse comune, visto che con l'attuazione il danno si verificherà automaticamente ([147]).

Se l'interesse sociale, di cui all'art. 2373[1], viene invece riferito agli interessi tipici propri della comunione societaria e il danno, di cui all'articolo 2373[2], costituisce non, facendo forza sul dato legislativo, la verifica della direzione del voto, ma un autonomo requisito ([148]), il riferimento legislativo alla possibilità comporte-

---

([145]) «... consistendo nella realizzazione di quanto è idoneo a soddisfare lo scopo sociale»: MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 320.

([146]) Cfr. Relaz. al cod. civ., n. 971 (ove si ricorda che la norma era necessaria per colpire «flagranti attentati all'integrità del patrimonio sociale»); MESSINEO, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1957, 228; e v., con riferimento al § 243 Abs. 2 AktG 1965, la precisazione di GODIN-WILHELMI, *A ktiengesetz*[3], cit., vol. II, § 243, Anm. 3, p. 1289 («Nur ist bei der Gesellschaft nicht gut ein Schaden vorstellbar, der nicht wenigstens mittelbar Vermögensschaden werden kann. Auch ein ideeller Schaden kommt bei der Gesellschaft als Schaden nur in Frage, wenn er wirtschaftliche Wirkung hat»).

([147]) V. in tal senso anche JAEGER, *op. cit.*, pp. 212-213, che così passa da una considerazione tipica (p. 182) ad un'accezione concreta dell'interesse sociale (cfr. il rilievo di ROMANO M., *op. cit.*, p. 44, nota 26).

([148]) Cfr. implicitamente (attraverso il ricorso alla figura della presunzione *iuris et de iure)* FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società**, cit., p. 413; SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, cit., p. 400; *Contra* ROMANO M., *op. cit.*, pp. 77-79.

rà l'esigenza di una diversa valutazione: per la quale dovrà giudicarsi se sia prevedibile un effetto dannoso, anche nel tempo, della deliberazione assembleare. L'annullamento, in presenza degli altri requisiti indicati nell'art. 2373, non conseguirà al verificarsi di un effettivo pregiudizio per la società, ma si otterrà per il solo fatto che vi sia un ragionevole pericolo di pregiudizio per il patrimonio sociale. Sarà così irrilevante, ai fini dell'esito dell'impugnativa, che eventi imprevedibili successivi alla deliberazione, interrompendo il nesso causale tra questa e il danno, impediscano il concreto verificarsi del pregiudizio in conseguenza della realizzazione dell'operazione. Anche a tale proposito, è riconoscibile l'analogia con quanto stabilito dalla legge tedesca (§ 197 Abs. 2 AkG 1937; ora § 243 Abs 2 AktG 1965), che richiede, per l'annullamento, la semplice idoneità della deliberazione a provocare un pregiudizio ([149]).

Un'ulteriore osservazione appare opportuna con riferimento alla pertinenza del danno alla «società». Ho rilevato che il danno alla società deve essere inteso come lesione dell'interesse del gruppo sociale al patrimonio destinato all'attività comune: al patrimonio della società, appunto, nella terminologia legislativa (cfr. art. 2325 cod. civ.). In tal senso, il riferimento del danno al patrimonio sociale richiede che il pregiudizio, sotto il profilo soggettivo, concerna il gruppo sociale e non i soci individualmente considerati ([150]) e, sotto il profilo oggettivo, attenga a quella parte del patrimonio dei soci che, in virtù del contratto di società, è stata vincolata alle regole proprie dell'ordinamento sociale. In altri termini, qui il concetto legislativo di società, essendo unito alla menzione del danno e quindi all'elemento del patrimonio, è accolto con il significato di oggettiva organizzazione societaria (come, del resto, in molti altri articoli del codice civile): con riferimento esclusivo cioè al patrimonio destinato all'attività comune e quindi all'impresa sociale, piuttosto che al più ampio interesse derivante dal contratto e comune ai soci, che compongono il gruppo sociale. Non comporta danno per la società una lesione dell'interesse contrattuale dei soci, che non si rifletta sul complesso dei beni destinati all'attività comune.

All'individuazione del conflitto di interessi si aggiunge così, come ulteriore condizione per l'annullamento della deliberazione, l'accertamento non dell'opportunità di una od altra operazione in relazione al concreto interesse del gruppo sociale, ma più specificamente della possibile lesione del patrimonio destinato al-

---

([149]) Cfr., per l'interpretazione dell'espressione tedesca, ZÖLLNER, *op. cit.*, pp. 297-298; SCHILLING, *Grosskommentar Aktiengesetz Gadow-Heinichen*[2], B. II, cit., § 197, Anm. 15, p. 257.

([150]) Cfr. i § 197 Abs. 2 AktG 1937 e 243 Abs. 2 AktG 1965, ove la rilevanza del danno dei singoli soci è distintamente e specificamente sancita, con le due formule «zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre» (§ 197 Abs. 2 AktG 1937; cfr. § 195 Abs. 2 AktG austriaca, che riproduce il § 197 Abs. 2 AktG 1937) e «zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre» (§ 243 Abs. 2 AktG 1965).

l'attività comune: per salvare la delibera se, malgrado il conflitto di interessi, il gruppo non abbia risentito da esso un pregiudizio patrimoniale. Si può quindi convenire che il giudice, ove abbia accertato l'esistenza del conflitto di interessi, debba compiere un'indagine di merito per giungere all'annullamento della deliberazione ([151]). Deve essere però chiaro che la valutazione giurisdizionale non si estenderà alla determinazione dell'interesse contrattuale del gruppo nell'operazione, ma si limiterà ad accertare se da questa sia derivato o possa derivare un pregiudizio economico al patrimonio sociale: al pari di quanto il magistrato è chiamato a fare in ogni giudizio di reintegrazione di danni patrimoniali. Così come è chiaro che la valutazione, non rappresentando l'unico presupposto per l'impugnazione della deliberazione, costituisce, in effetti, un ulteriore limite all'annullamento, verificata la ricorrenza del conflitto di interessi e dell'inosservanza del divieto di voto da parte del socio: al pari, anche qui, di quanto rilevato a proposito della sanzione ai comportamenti abusivi dei soci negli orientamenti giurisprudenziali di altri paesi europei, dove l'annullamento non consegue al solo fatto che la deliberazione risulti pregiudizievole al gruppo sociale ([152]).

12. Rilevanza normativa del divieto di voto. Inesistenza di un potere del presidente dell'assemblea di escludere dalla votazione il socio in conflitto. Ragioni della conclusione accolta

Occorre, a questo punto, affrontare il delicato problema relativo al nesso esistente fra il 1° e il 2° comma dell'art. 2373 cod. civ. Si propone, in altri termini, il quesito se il divieto di voto contemplato nell'art. 2373^1 abbia una rilevanza normativa autonoma, visto che, come osservato ampiamente dalla dottrina, al divieto sancito nel primo comma non consegue alcuna sanzione. Poiché è certamente escluso *ex* art. 2373^2 che la deliberazione assembleare possa essere annullata per la sola violazione dell'obbligo di astensione dal voto, il problema si riconduce a quello se la rilevanza autonoma del primo comma vada rintracciata nell'esistenza di un potere del presidente dell'assemblea di escludere dalla votazione il socio in conflitto. Se tale potere fosse ammesso, i due commi avrebbero ciascuno portata

([151]) GRAZIANI, *Diritto delle società*[6], cit., p. 363, il quale ritiene che la portata dell'affermazione sia limitata dal fatto che «il requisito del danno potenziale non costituisce che uno dei presupposti di fatto per l'ammissibilità dell'azione»: con ciò però non escludendosi l'esame del merito, ma solo rilevandosi che esso è, nel caso, consentito da una disposizione di legge e che quindi dovrà accertarsi l'esistenza, in concreto, della fattispecie legislativa (e cioè dei presupposti di fatto cui le conseguenze giuridiche sono collegate); cfr. SCIALOJA A., in *Foro it.*, 1951, I, 694.

([152]) Rinvio, in proposito, al mio volume in corso di pubblicazione *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cap. I, n. 12.

distinta, attenendo l'uno alla legittimazione al voto, l'altro alla legittimazione all'impugnazione della deliberazione; se fosse escluso, le due disposizioni dovrebbero essere invece interpretate congiuntamente, prevedendo esse un'unica conseguenza giuridica (l'annullamento della deliberazione) collegata a una complessa fattispecie – concernente in parte il procedimento e in parte l'atto conclusivo di esso – da valutarsi unitariamente. Sono evidenti i riflessi che l'una o l'altra soluzione hanno sulla portata complessiva e sul significato giuridico della disciplina.

Anticipo subito la conclusione, in virtù della quale ritengo debba negarsi un potere del presidente dell'assemblea di escludere il socio in conflitto di interessi.

Giova premettere che non viene qui in discussione l'esistenza di un generale potere ordinatorio del presidente di accertare le condizioni di una regolare costituzione dell'assemblea e di escludere dall'intervento e dal voto soggetti non legittimati (come il socio non iscritto o che non abbia depositato le azioni nel termine prescritto) ([153]). Il problema infatti consiste nell'accertare se il potere di esclusione dal voto, pur ove ammesso in via generale, spetti al presidente nella specifica ipotesi del socio in conflitto di interessi ovvero se tale potere sia incompatibile con la disciplina prevista nell'art. 2373 cod. civ. L'indagine deve essere quindi condotta con particolare riferimento a questo quesito ([154]).

([153]) V., in senso positivo, PACIOTTI, *Osservazioni intorno alla natura e alle funzioni del presidente delle assemblee di società per azioni*, in *Temi*, 1966, 379 sgg.; PETTITI, *Note sul presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Riv. società*, 1963, 489 sgg.; FERRARA jr., *op. cit.*, pp. 415-416; FRÈ, *Società per azioni*[2], cit., pp. 296-298; FOSCHINI, *Sul diritto di discussione in assemblea*, in *Riv. società*, 1962, 61; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*[2], Torino, 1960, p. 283; BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, p. 231; ROMANO-PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, pp. 181-183; FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, p. 38; GRASSETTI, *Diritto di intervento e diritto di voto in caso di trasferimento di azioni mediante girata*, in questa *Rivista*, 1948, I, 53; CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, cit., pp. 75-77; SCIALOJA A., *Invalidità del negozio di voto e invalidità della deliberazione di società per azioni*, in *Foro it.*, 1944, I, 91-92; *Contra*, SALANITRO, *Il presidente dell'assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. società*, 1961, 981 sgg.; GIULIANI, *Ancora sui verbali di assemblea delle società di capitali*, in *Riv. not.*, 1957, 597.

([154]) V. per il potere del presidente di escludere dal voto il socio in conflitto di interessi, PACIOTTI, *op. cit.*, in *Temi*, 1966, 394 sgg.; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., p. 242, nota 226; FRÈ, *Società per azioni*[3], cit., p. 298, nota 2; TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di società per azioni*, cit., pp. 181-183; MINERVINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 322; DAZZO, *Il voto del socio in conflitto di interessi ed i poteri del presidente d'assemblea*, in *Riv. it. scienze comm.*, 1953, 182 sgg.; FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, cit., pp. 40-41; ROMANO-PAVONI, *op. cit.*, p. 183; DE MARTINI, *Esercizio del diritto di voto per le azioni sociali date in pegno e opponibilità alla società delle relative convenzioni*, in *Giur. cass. civ.*, 1945, II, 241; dubitativi ROMANO M., *op. cit.*, pp. 90-91; ASCARELLI, *Interesse sociale*, cit., in *Studi in tema di società*, p. 164.

In senso contrario, DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori – Società*[7], Milano-Roma-Napoli-Città di Castello, 1967, p. 281, nota 3; JAEGER, *op. cit.*, pp. 214-215; PETTITI, *op. ult. cit.*, in *Riv. società*, 1963, 497-498; FERRARA jr., *op. cit.*, p. 412 e nota 34; SENA, *Il voto nella*

La dottrina, che ha negato, nel caso del conflitto di interessi, l'esistenza del potere presidenziale, ha fondato la soluzione adottata essenzialmente su due argomenti. Si è rilevato, in primo luogo, che l'assunto potere del presidente dell'assemblea di escludere dal voto i soci che egli ritenga in conflitto di interessi invade la sfera giuridica dei legittimati all'impugnazione. Questi, infatti, si trovano a non poter più scegliere tra l'impugnativa e l'accettazione della delibera presa con il voto determinante dei soci in conflitto. Si lede, in tal modo, il libero esercizio dei diritti degli organi sociali, ai quali è stata data la facoltà di impugnativa nel quadro dell'attribuzione della autotutela degli interessi di rispettiva competenza ([155]). Si è ancora osservato che, in virtù dell'art. 2373^2, la deliberazione presa con il voto determinante del socio in conflitto di interessi è impugnabile solo se possa recare danno alla società. Con tale disposizione la portata dell'articolo 2373^1 risulterebbe sostanzialmente modificata: l'art. 2373^1 non conterrebbe, in effetti, un divieto di voto e non consentirebbe quindi al presidente di escludere dal voto il socio in conflitto ([156]).

Il primo rilievo è sottile, ma non sembra decisivo. Anche ove siano esclusi i soci in conflitto di interessi, gli altri azionisti possono prendere una deliberazione identica a quella che sarebbe stata presa dai soci in conflitto. Essi porranno così in essere una deliberazione inattaccabile sotto il profilo giuridico e otterranno un risultato analogo a quello conseguente alla mancata impugnazione della deliberazione annullabile per conflitto di interessi. La facoltà degli altri soci di accettare la delibera con il contenuto auspicato dai soci in conflitto resta pertanto integra anche ammesso il potere presidenziale di esclusione, con l'ulteriore vantaggio che tale facoltà viene esercitata nella stessa fase deliberativa, senza che si debba attendere, per conoscere la sorte della delibera, la decorrenza del termine per l'impugnativa.

D'altra parte, il potere di accettare la deliberazione non spetta individualmente al singolo socio. Egli non ha, in realtà, alcuna facoltà di scelta tra accettazione e impugnazione, ma può solo esercitare il potere di impugnativa: visto che l'accettazione di ciascuno viene pregiudicata dall'azione di annullamento che ogni altro socio può promuovere con effetti per tutti (art. 2377^3 cod. civ.). Se però non esiste

---

assemblea della società per azioni, cit., p. 393 sgg.; GUERRA, *Le società di partecipazione*, cit., p. 145; MENGONI, *Appunti*, cit., in *Riv. società*, 1956, 449 sgg.; BEVILACQUA, *Conflitto di interessi ed esclusione del volo in assemblea*, in *Riv. società*, 1956, 708 sgg.; SCOTTI CAMUZZI, *I poteri del presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Riv. internaz. se. ec. comm.*, 1963, 907-920, il quale però dà al presidente il potere, in sede di proclamazione, di escludere il voto del socio in conflitto; così anche, per le deliberazioni del consiglio di amministrazione, SALANITRO, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, cit., p. 221.

([155]) PETTITI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

([156]) FERRARA, *op. cit.*, *loc. cit.*, cfr. MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 449; JAEGER, *op. cit.*, *loc. ult. cit.;* SENA, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

un'alternativa individuale tra accettazione e impugnazione, la facoltà di ciascun socio di non respingere la deliberazione invalida, come viene circoscritta dal potere di impugnazione concesso a ciascun altro socio e agli organi sociali amministrativi, così ben può essere limitata anche dall'esistenza di un potere presidenziale di preventiva esclusione, che tenda alla eliminazione della causa stessa dell'impugnativa ([157]).

L'argomento conclusivo appare invece quello che si richiama alla disposizione (art. 2373[2]), per la quale l'annullamento della deliberazione assembleare non consegue all'inosservanza del divieto di voto, ma richiede l'ulteriore condizione del danno potenziale per la società. L'osservazione va solo precisata approfondendo la *ratio* della disciplina, per evitare la altrimenti giusta replica che nulla vieta di distinguere tra legittimazione al voto e legittimazione all'impugnativa e che pertanto, mentre il divieto di voto toglierebbe la legittimazione al voto nel senso di consentire l'esclusione del socio da parte del presidente, il requisito del danno potenziale porrebbe un limite alla legittimazione all'impugnativa ([158]), evitando di turbare la vita della società nel caso che, malgrado il voto illegittimo, non si sia verificato un pregiudizio per l'ordinamento sociale ([159]).

Sotto il profilo della *ratio* della disciplina legislativa e cioè del problema pratico da questa risolto, il divieto di voto previsto nell'art. 2373[1], se coordinato ad un potere-dovere del presidente dell'assemblea di escludere il socio in conflitto, im-

---

([157]) Può, in altri termini, revocarsi in dubbio che la eliminazione della illegittimità dall'ambito dell'ordinamento sociale risponda solo ad un'esigenza di autotutela degli interessi dei vari organi sociali (cfr., con riferimento alla tesi di MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 186 sgg., per la quale la legittimazione all'impugnativa spetterebbe agli amministratori nel loro personale interesse, OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte atte deliberazioni assembleari invalide*, in questa *Rivista*, 1957, I, 225 sgg.; v. anche JAEGER, *op. cit.*, p. 171 sgg.; TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 238 sgg.; SCORZA, *Gli amministratori di società per azioni di fronte alle delibere invalide dell'assemblea*, in *Riv. società*, 1963, 510 sgg., nonché, in generale, la dottrina che configura a carico degli amministratori un potere-dovere di impugnazione, citata *ivi*, p. 511, nota 1). Se è vero che, in coerenza con la posizione che gli azionisti hanno nell'ordinamento societario (per la quale essi non sono obbligati a perseguire l'interesse sociale) è stata legislativamente prevista una semplice facoltà dei soci di impugnare le deliberazioni assembleari invalide, ciò non significa che la esigenza di legittimità nella gestione sociale non possa essere stata perseguita anche per altre vie, sia con l'attribuzione del potere di impugnativa agli organi amministrativi della società, sia con il conferimento al presidente dell'assemblea del potere preventivo di esclusione (sempreché sia dimostrato, nel caso, il difetto di legittimazione al voto).

([158]) GRAZIANI, *Diritto delle società*[5], cit., p. 334.

([159]) GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., p. 242, nota 226: «una volta che il voto, malgrado il divieto di legge, sia stato dato, è opportuno che non si annulli la deliberazione quando *ex post facto* sia risultata l'irrilevanza o l'innocuità del voto; ma è altrettanto logico che prima di sapere queste cose, e potendosi quindi eliminare il rischio della caducazione di una deliberazione, la legge abbia voluto vietare, ed ecco la ragione del 1° comma, che il voto, in quella situazione di pericolo, sia esercitato».

plica il passaggio coattivo della legittimazione a valutare l'interesse sociale dalla maggioranza alla minoranza non in conflitto ([160]). Questa, in conseguenza dell'esclusione, è la sola legittimata a decidere sull'operazione di interesse comune. Ora, il 2° comma dell'art. 2373 cod. civ. indica che si è inteso evitare tale risultato e che il legislatore si è avvalso di un diverso strumento giuridico per non far ricadere sulla società le conseguenze pregiudizievoli del conflitto.

La norma, dato che non consente l'impugnazione della deliberazione per la semplice inosservanza del divieto di voto, pone infatti il principio che la valutazione dell'interesse sociale, malgrado la formula del primo comma, resta alla maggioranza. Questa, pur in conflitto di interessi, rimane legittimata ad esprimere il concreto interesse della società: salvo, in tal caso il controllo esterno di un terzo imparziale con la valutazione giudiziale della dannosità potenziale della deliberazione (e cioè, per converso, della rispondenza della deliberazione all'interesse patrimoniale della società).

Dall'art. 2373[2] si deduce, in altri termini, che il legislatore, nel caso di conflitto di interessi, non ha attribuito coattivamente alla minoranza la valutazione dell'interesse sociale, lasciandola arbitra di prendere le decisioni per il gruppo e consentendole di far prevalere il proprio apprezzamento. Coerente con tale scopo sarebbe stata la previsione del difetto di legittimazione dei soci in conflitto di interessi, il passaggio della valutazione agli altri soci e quindi l'annullamento della deliberazione presa con il voto determinante degli azionisti in conflitto. Invece, escludendo l'annullamento della delibera per la semplice verificazione del conflitto, si è con ciò stesso conservato alla maggioranza l'apprezzamento dell'interesse comune. Affinché la società non sia pregiudicata, si è però posta agli azionisti in conflitto l'alternativa o di non esercitare il voto, rimettendosi così essi stessi alla valutazione degli altri soci, ovvero di assoggettarsi, su iniziativa degli organi sociali, ad un giudizio esterno, sia pur limitato, che accerti l'esistenza di un obiettivo interesse patrimoniale della società. In tal modo, la maggioranza in conflitto, se non intende correre il rischio di un apprezzamento meno competente o più imprudente (data la minore partecipazione) della minoranza, è vincolata a perseguire l'interesse patrimoniale della società: diversamente da ciò che si verifica quando, mancando il conflitto, tutti i soci sono liberi di valutare l'interesse sociale nel modo che ritengano più congruo.

La tutela dell'interesse del gruppo sociale viene così realizzata con uno stru-

---

([160]) Cfr. COPPBNS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*[2], Louvain, 1955, pp. 64-65; ASCARELLI, *Interesse sociale*, cit., in *Studi in tema di società*, p. 164; MEN- GONI, *Appunti*, cit., *in Riv. società*, 1956, 451. Presupposto dell'affermazione contenuta nel testo è che le astensioni non debbano essere calcolate né come voti a favore, né come voti contrari e cioè che esse non debbano essere computate ai fini del raggiungimento del *quorum* deliberativo (particolarmente nel caso che questo non sia fissato in funzione di una aliquota del capitale sociale e così nelle assemblee ordinarie di seconda convocazione): v. ampiamente PETTITI, *La prova di resistenza delle deliberazioni assembleari di società*, in *Impresa e Società (Studi in memoria di A. Oraziani)*, Napoli, 1968, vol. IV, p. 1564 sgg., ove indicazioni dottrinali e giurisprudenziali.

mento giuridico diverso dalla sottrazione del potere deliberativo alla maggioranza assembleare. Nella valutazione legislativa ha prevalso la considerazione che la minoranza, essendo generalmente meno edotta delle vicende della gestione sociale, può assumere una deliberazione pregiudizievole per la società più facilmente di quanto non accada se, pur conservandosi alla maggioranza in conflitto la valutazione dell'interesse sociale, si sottoponga tuttavia la deliberazione presa da questa alla sanzione dell'annullamento nel caso di possibile danno per la società.

A sostegno di una diversa conclusione non varrebbe quindi richiamare ([161]) la dottrina che, vigente il codice di commercio e facendosi interprete di un'esigenza già allora chiaramente avvertita, proponeva l'estensione alla assemblea della disciplina prevista per il conflitto di interessi amministrativo: la quale rilevava essere minor male che una deliberazione sociale sia presa da una minoranza di soci disinteressati piuttosto che da una maggioranza di soci interessati ([162]). Il nuovo legislatore ha preferito scegliere una diversa tecnica giuridica per garantire che le deliberazioni assembleari non siano inquinate dal conflitto di interessi. Gioverà ricordare infatti che, mentre il progetto Asquini del 1940, in coerenza con il parere espresso dal suo principale redattore, collegava l'invalidità della deliberazione assembleare alla semplice inosservanza del divieto di voto, la formula definitiva recepita nel libro del lavoro risulta modificata proprio su tale punto, con l'accettazione dei suggerimenti della dottrina, che voleva condizionato l'annullamento a un danno potenziale per la società, e seguendo, anche per questo elemento, l'esempio fornito dal § 197 Abs. 2 AktG. 1937 ([163]).

Quest'ultima osservazione consente di rispondere anche all'obiezione, con la quale si rileva che la soluzione qui accolta comporta che la maggioranza può impedire alla minoranza una deliberazione che attui l'interesse sociale ([164]): visto che la maggioranza potrà preferire di non prendere alcuna deliberazione piuttosto che prenderne una contraria al proprio interesse particolare. Questo è precisamente il costo della disciplina legislativa, per la quale, con l'art. 2373^2, si è ritenuto preferibile il rischio di non prendere alcuna deliberazione piuttosto che di affidare coattivamente la valutazione dell'interesse sociale alla minoranza assembleare. Chi sosteneva l'opinione opposta nel vigore del codice di commercio negava infatti coerentemente la legittimazione alla maggioranza in conflitto, affermando l'immediata impugnabilità della deliberazione che questa avesse preso ([165]): soluzione peraltro non accolta nel codice vigente.

([161]) TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di società per azioni*, cit., p. 181.

([162]) ASQUINI, *Conflitto d'interessi*, cit., in *Scritti giur.*, vol. I, p. 180.

([163]) V. dietro, al n. 2.

([164]) MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1956, 323.

([165]) ASQUINI, *op. cit.*, in *Scritti giur.*, vol. I, pp. 180-182.

Il riconoscimento che la maggioranza in conflitto ha facoltà di scegliere tra il perseguimento dell'interesse patrimoniale della società e l'affidamento della valutazione alla minoranza preclude l'attribuzione al presidente dell'assemblea del potere di rimettere coattivamente, attraverso l'esclusione, la decisione alla minoranza. Si darebbe al presidente, senza una norma espressa, un potere, che annullerebbe quella facoltà pur legislativamente riconosciuta. Anzi, dato il tenore dell'art. 2373^2, si rimetterebbe all'arbitrio presidenziale la legittimazione dei soci effettivamente in conflitto, senza che le conseguenze di una valutazione erronea o abusiva possano venir corrette in sede giurisdizionale. Ove infatti il presidente non escludesse i soci di maggioranza in conflitto, essi, in virtù dell'art. 2373^2, conserverebbero la legittimazione al voto, con il solo controllo della potenziale dannosità della deliberazione; mentre, ove egli li escludesse, questi perderebbero la legittimazione a favore della minoranza. Ora non si vede quale giustificazione possa avere, in presenza di un'identica situazione di fatto, tale duplice conseguenza, dipendente solo da una valutazione presidenziale, che, proprio grazie all'art. 2373^2, resterebbe insindacabile ([166]).

L'art. 2373^2 dimostra così che la legittimazione al voto e la legittimazione all'impugnazione della deliberazione sono, nella disciplina del conflitto di interessi assembleare, correlate. Poiché non è data la legittimazione all'impugnazione per il semplice verificarsi del conflitto, il socio resta legittimato al voto e non può venire escluso dal presidente ([167]).

([166]) Né a diversa conclusione potrebbe giungersi argomentando dal potere della minoranza non in conflitto di appellarsi all'assemblea contro la decisione del presidente, che neghi l'esclusione. Ove infatti – come sarà naturale – la maggioranza confermi l'operato del presidente (o rifiuti di deliberare in merito, assumendo una incompetenza a decidere sull'esercizio dei poteri presidenziali), le conseguenti deliberazioni prese dalla maggioranza in conflitto saranno pur sempre annullabili *ex* articolo 2373^2 – a differenza di quanto avverrebbe se si trattasse di un caso di difetto di legittimazione – solo se potenzialmente dannose per la società.

([167]) Non appare conclusivo neppure l'ulteriore argomento addotto a favore del potere di esclusione, per il quale, visto che l'art. 2391^1 ha un'autonoma portata giuridica essendo penalmente sanzionato dall'art. 2631^1 cod. civ., anche l'analoga norma prevista nell'art. 2373^1 dovrebbe essere intesa come dispositiva di un autonomo obbligo giuridico, pur se privo di sanzione penale (TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 182).

Va in primo luogo posto in dubbio, a mio avviso, il parallelismo che – a dire il vero, generalmente – la dottrina pone tra l'art. 2373 e l'art. 2391 cod. civ. Si è in precedenza rilevato che, a differenza dall'art. 2391, l'art. 2373 si è profondamente distaccato dalla matrice dell'art. 150 cod. comm., come è chiaramente visibile nella diversa formulazione testuale delle due disposizioni (v. dietro, al n. 5 e alla nota 104). La stessa sanzione penale, prevista per i soli amministratori, conferma, del resto, la differente portata delle due norme.

In secondo luogo, anche se dovesse essere ammesso, in virtù dell'art. 2631 cod. civ., il potere di esclusione dell'amministratore in conflitto – e la soluzione positiva non è affatto certa, dato che l'amministratore in conflitto resta pur sempre legittimato alla deliberazione *ex* art. 2391^2 –, tale conclusione, derivando dall'art. 2631 cod. civ., non sarebbe estensibile all'ipotesi prevista nell'art.

La conclusione accolta non comporta però, come pure è stato scritto, che l'art. 2373[1] perda ogni portata normativa e che si postuli pertanto l'*interpretatio abrogans* della disposizione ([168]). Dall'art. 2373[2] si desume solo che, diversamente da quanto appare dalla lettera del primo comma, non vi è per i soci un divieto di voto (nel senso che questi non perdono la legittimazione al voto, come accade invece in conseguenza dell'art. 2373[2]), non che l'art. 2373[1] sia privo di portata normativa. La disposizione pone alcuni requisiti attinenti al procedimento deliberativo, i quali, uniti a quelli indicati nel secondo comma, comportano l'annullabilità della deliberazione assembleare. Vi è, in altri termini, una disposizione unitaria, che risulta espressa in due commi in conseguenza della formazione storica dell'articolo: per la quale, come ricordato sopra, si è passati da un effettivo divieto di voto all'ulteriore richiesta, ai fini dell'annullamento, di un danno potenziale per la società, che ha modificato la portata dell'intera disposizione. Al di là della formula letterale, l'art. 2373[1-2] si appalesa così analogo, anche sotto tale profilo, al § 197 Abs. 2 AktG. 1937 (ora § 243 Abs. 2 AktG. 1965), malgrado che questo, per la diversa origine storica, sia direttamente formulato nel senso che l'annullamento consegue alla ricorrenza delle varie condizioni ivi previste.

13. Portata e *ratio* della disciplina contemplata nell'art. 2373 cod. civ. Distinzione dalle discipline del contratto con se stesso e del conflitto di interessi del rappresentante. Carattere non eccezionale della normativa e sua inquadrabilità in un principio più ampio

Dall'indagine compiuta emergono i casi di comportamenti abusivi dei soci contemplati dall'art. 2373 cod. civ., le ragioni che giustificano la disciplina legislativa e i principi dei quali questa costituisce espressione. In dipendenza delle caratteristiche proprie dell'ordinamento delle società di capitali, nel quale devono prendersi decisioni maggioritarie sul concreto interesse che il gruppo intenda per-

2373. Essa infatti corrisponderebbe alla diversa *ratio*, alla quale sono informate le due discipline dell'agire dei soci e degli amministratori, per la quale, mentre agli azionisti viene riconosciuta piena libertà di espressione con il solo limite dell'abuso, gli amministratori sono vincolati a perseguire l'interesse sociale in quanto gestori di un patrimonio altrui (cfr. JAEGER, *op. cit.*, p. 216). In tal senso, con riferimento agli amministratori, il passaggio alla minoranza non in conflitto della legittimazione a valutare l'interesse sociale appare conforme al ruolo legislativamente attribuito agli amministratori, essendo questi tutti espressi dalla maggioranza assembleare, dovendo tutti perseguire l'interesse sociale ed essendo ridotto il rischio di errore tecnico, dato che tutti sono preposti alla gestione sociale (laddove per i soci di minoranza proprio la loro estraneità alla gestione rende potenzialmente più grave tale rischio e quindi più pericolosa, nella valutazione legislativa, l'inversione del principio di maggioranza).

([168]) MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1956, 322; TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 181.

seguire, la norma agisce sul voto, ponendo una garanzia sostanziale nello svolgimento del procedimento deliberativo. Tale garanzia si realizza non trasformando il voto in un potere funzionale, ma prevedendo un limite all'abuso, nel rispetto dell'autonomia dell'ordinamento particolare e della libertà di decisione dei suoi membri. La norma non deroga così al principio, per il quale l'ordinamento statuale rimette all'ordinamento particolare le decisioni comuni al gruppo e quindi la individuazione dell'interesse, che queste debbano realizzare. Però, nel caso in cui gli azionisti, che determinino la maggioranza nella deliberazione, abbiano un interesse per conto proprio o altrui – intesi l'interesse e la locuzione «per conto» nel senso più ampio – incompatibile con il tipico interesse comune espresso dall'art. 2247 cod. civ., viene posto a loro carico l'onere di rimettere agli altri soci la valutazione. Ove ciò non avvenga, in analogia con l'orientamento adottato nei principali paesi dell'Europa occidentale ([169]), viene attribuito al giudice il potere di un parziale riesame del merito nei limiti dell'accertamento del danno potenziale.

Ciò significa – considerando la disciplina *ex parte socii* – che l'azionista può perseguire anche interessi personali sino al limite di uno specifico interesse, obiettivamente rilevabile, a un vantaggio particolare a danno del gruppo sociale. Si pone un limite al voto, evitando di dare a questo una direzione positiva e di funzionalizzare l'attività dei soci allo scopo comune ([170]). Diversamente da quanto pre-

---

([169]) V. il citato (dietro, alla nota 152) volume *II principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, al cap. I, n. 4 sgg.

([170]) Dovrà quindi negarsi la riconducibilità del voto alla nozione di funzione (o alle nozioni di *droit-fonction* o di potere funzionale). Tale conclusione non significa però che il voto possa essere riportato alla figura – largamente contestata anche in sede di teoria generale – del ò. d. diritto potestativo. Non appare sufficiente infatti, per riconoscere al voto la natura di diritto potestativo, osservare che esso rappresenta un potere attribuito al socio nel proprio interesse (v. MENGONI, *Appunti*, in *Riv. società*, 1956, 458 e 461; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 249). Occorrerebbe ancora che il voto fosse idoneo ad operare immediatamente una modificazione nella sfera giuridica di un altro soggetto indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo (cfr., per tale connotato dei c.d. diritti potestativi, la dottrina citata in GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 183, cui *adde* BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., p. 74). Ciò potrebbe essere sostenuto, con apparente fondamento, solo in una concezione istituzionalista, che contrapponga il socio alla società, configurando il voto come potere attribuito al socio nei confronti della società ed alle cui conseguenze quest'ultima resterebbe soggetta. Si perderebbe però di vista, in tale prospettiva, che il socio non è contrapposto al gruppo sociale, ma fa parte di esso e che il voto non è attribuito al socio come mezzo di attuazione di un rapporto giuridico fra due soggetti, ma come strumento per la formazione di decisioni comuni. Ci si troverebbe nell'impossibilità, d'altra parte, di spiegare come lo stesso titolare del potere resti soggetto agli effetti giuridici passivi derivanti dal suo esercizio e come il gruppo abbia interesse all'esercizio del voto (cfr., per quest'ultimo rilievo, FRÈ, *Società per azioni*[3], cit., in *Comment. cod. civ.*, SCIALOJA- BRANCA, art. 2351, p. 180, il quale tuttavia costruisce il voto come diritto del socio nei confronti della società).

La peculiarità del voto rispetto ad altre posizioni giuridiche attive – e cosi rispetto ai c. d. diritti potestativi – consiste nel fatto che esso non si indirizza nei confronti di altra persona (e non realizza

supposto dalle concezioni che, per la repressione dei comportamenti abusivi, richiedono il raffronto tra la deliberazione e un obiettivo interesse sociale, la disciplina del conflitto di interessi attiene così, nella sua *ratio* essenziale, al procedimento deliberativo prima che all'atto conclusivo di esso. Lo stesso requisito della dannosità potenziale della deliberazione, mentre sottolinea, spostando l'accento dal fine del voto all'effetto pratico della deliberazione, il criterio obiettivo adottato, si riflette in un limite al voto, stante la correlazione funzionale esistente tra il procedimento e l'atto finale, cui esso è preordinato ([171]).

Indice caratteristico dell'abuso sanzionato nell'art. 2373 cod. civ. è un interesse particolare, inteso in senso specifico ma ampio, sia personale che per conto di terzi (e in quest'ultimo verrà compreso anche l'interesse politico o l'interesse a favorire terzi pur in mancanza di un rapporto di mandato con essi). Occorre però insieme un potenziale pregiudizio non solo della minoranza, ma dell'intero gruppo sociale nel patrimonio destinato allo scopo: il danno per la minoranza deve passare attraverso il danno al patrimonio sociale, mentre la maggioranza in conflitto neutralizza tale pregiudizio con il vantaggio extrasociale conseguito. La norma non pone pertanto una tutela primaria delle minoranze, ma piuttosto una tutela primaria dell'ordinamento sociale nel patrimonio destinato all'attività comune, anche se realizza insieme una parziale tutela della minoranza per la parte del patrimonio, che queste hanno destinato all'attività sociale. La disposizione legislativa non è quindi riconducibile al principio della

---

quindi un interesse garantito in un rapporto giuridico intersoggettivo), ma si esercita nell'ambito di un'organizzazione, onde non è idoneo a creare direttamente una nuova situazione nella sfera giuridica altrui: come viene sottolineato nella diversa qualificazione del voto – da assumersi fuori di ogni implicazione istituzionalista – come potere in senso stretto (GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., p. 238; ASCARELLI, *L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria. Vizi del voto; vizi della deliberazione; nullità e annullabilità*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 89; ID., *Sui poteri della maggioranza*, cit., *ivi*, p. 101, nota 3; ID., *Interesse sociale*, cit., *ivi*, p. 167, nota 29; AULETTA, *Il diritto assoluto d'esclusione nelle società di persone*, in *Scritti giur. in onore di F. Carnelutti*, vol. III, Padova, 1950, pp. 681-682; BUONOCORE, *op. cit.*, pp. 137-144) o come diritto corporativo (MÜLLER-ERZBACH, *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens*, cit., p. 207 sgg.; da ultimo, lo stato della dottrina tedesca in ZÖLLNER, *op. cit.*, p. 9 sgg.). Nell'ambito del procedimento deliberativo gli effetti giuridici del voto si producono nei confronti del gruppo sociale solo per il collegamento del singolo atto di esercizio del potere con gli altri, sì da determinare la decisione maggioritaria. Conseguentemente alla formazione della deliberazione, alla quale esso è immediatamente diretto, il voto produce la soggezione del gruppo al vincolo comune. La scelta, poi, tra la figura del potere e quella del diritto soggettivo (corporativo) dipenderà dal. riconoscimento di un carattere autonomo alla funzione dinamica del potere rispetto alla tradizionale funzione statica (di garanzia di interessi determinati e regolati) del diritto soggettivo (v. in proposito, l'indagine di ROMANO Alb., *Note in tema di decadenza*, Milano, 1962, pp. 16 sgg. e 35 sgg.).

([171]) Cfr., per il rapporto tra procedimento e atto finale, quanto osservato a proposito degli orientamenti della recente giurisprudenza inglese in tema di comportamenti abusivi degli azionisti, in GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., cap. III, n. 6.

parità di trattamento, che viene garantito parzialmente e di riflesso ([172]).

La stessa tutela dell'ordinamento sociale è, d'altra parte, nel rispetto dell'autonomia di questo, piuttosto negativa che positiva, attuandosi attraverso l'annullamento della deliberazione: si evita un danno positivo per la società, ma non si esclude che la maggioranza, nel proprio interesse particolare, impedisca l'assunzione di deliberazioni vantaggiose per il gruppo sociale. Si attua, in tal modo, una garanzia sostanziale di legalità del procedimento deliberativo con prevalente funzione di integrità del patrimonio destinato all'attività comune e, di riflesso, a tutela di quei soci il cui pregiudizio patrimoniale nella società non viene neutralizzato da un vantaggio extrasociale.

È rilevabile l'analogia con la tecnica operativa adottata dalla giurisprudenza francese e tedesca nelle applicazioni dei principi dell'abuso del diritto (o del potere) alle società di capitali: salva, in tali orientamenti, la maggiore estensione del rimedio anche ai casi di danno esclusivo delle minoranze. Come giurisprudenza e dottrina francesi, seguite dai giudici tedeschi (allo scopo, per questi ultimi, di superare il requisito psicologico della intenzionalità richiesto dal § 197 Abs. 2 AktG.), hanno chiaramente avvertito, l'esercizio abusivo del voto nelle società di capitali consegue alla ricorrenza di un interesse a un vantaggio personale, mentre il danno altrui (della società o degli altri soci) non rappresenta il fine esclusivo, ma l'obiettiva conseguenza dell'abuso ([173]). Si ha abuso, quando ai soci di maggioranza faccia capo un interesse particolare e quando, in conseguenza del voto di questi, la deliberazione sia obiettivamente idonea a realizzare quell'interesse a danno della società o degli altri soci: diversamente da quanto riscontrabile allorché la teoria dell'abuso dei diritti venga riferita al diritto di proprietà solitaria, ove la soddisfazione dell'interesse personale non costituisce abuso e viene invece sanzionato l'atto di esercizio del diritto senza intento di vantaggio personale ed allo scopo esclusivo di nuocere ad altri ([174]).

Come osservato per la teoria dell'abuso dei diritti, anche a fondamento della norma sul conflitto di interessi è l'esigenza che i rapporti all'interno degli ordinamenti associativi si realizzino attraverso comportamenti conformi a correttezza ([175]). Si manifesta un'applicazione di una più generale tendenza, che però si individua con caratteristiche specifiche, in dipendenza dei caratteri dell'ordinamento particolare nel quale il canone è destinato ad agire ed in coerenza con la posizione giuridicamente attribuita ai componenti di tale ordinamento ([176]). In tal sen-

---

([172]) *Contra*, MENGONI, *op. cit.*, in *Riv. società*, 1956, 447; e v. dietro, al n. 9.

([173]) V. CAMBINO, *op. ult. di.*, cap. I, n. 4 sgg.

([174]) V. GAMBINO, *op. ult. cit.*, cap. II, n. 1.

([175]) Cfr. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza*, cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1525.

([176]) V. GAMBINO, *op. ult. cit.*, cap. II, n. 1.

so, pur presentandosi quale norma aperta a giudizi di valore del magistrato – attraverso, in particolare, il richiamo ai concetti di interesse del socio e della società, di conflitto e di danno –, la disciplina del conflitto di interessi non si pone come una clausola generale, il cui contenuto venga determinato dalla valutazione giudiziale. Le caratteristiche dei comportamenti abusivi si trovano segnate, in particolare escludendo quel diretto raffronto, da parte del magistrato, tra l'interesse realizzato con la deliberazione e un obiettivo interesse sociale, determinato dal giudice stesso, che era stato proposto negli anni '30 dai giudici tedeschi in nome della clausola generale di buona fede ([177]).

Anzi, nella disciplina adottata, non hanno trovato applicazione neppure gli specifici criteri operativi della buona fede nell'esecuzione contrattuale (art. 1375 cod. civ.) o della correttezza nei rapporti obbligatori (art. 1175 cod. civ.). In dipendenza dei caratteri peculiari dell'ordinamento particolare, non viene richiesto ai soci né un impegno di positiva cooperazione per la soddisfazione delle altrui aspettative o per il raggiungimento dello scopo comune, come quelle norme postulerebbero *ex parte debitoris*, né, all'opposto, un semplice dovere di non realizzare la soddisfazione del proprio interesse personale con un comportamento vessatorio nei confronti delle altre parti, come quelle disposizioni imporrebbero *ex parte creditoris* ([178]). L'esigenza di correttezza, di cui tali norme sono manifestazione, è bensì operante, ma con una tecnica operativa diversa e con una portata più circoscritta per un verso, più ampia per altro verso di quanto quelle disposizioni non impongano.

La disciplina del conflitto di interessi assembleare va ancora distinta, quanto alla sua *ratio*, dalla disciplina del contratto con se stesso (art. 1395 cod. civ.) e da quella del conflitto di interessi del rappresentante (art. 1394 cod. civ.) ([179]). Al di fuori di ogni suggestione istituzionalista che, contrapponendo il socio alla società, indurrebbe a richiamare norme relative alla gestione di altrui patrimoni ([180]), va

---

([177]) V. CAMBINO, *op. ult. cit.*, cap. I, n. 7.

([178]) V., sull'operare dei canoni della correttezza e della buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 cod. civ., CAMBINO, *op. ult. cit.*, cap. IV, nn. 2 e 3 e cap. VI, n. 6. V. invece JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 219, che riporta la disciplina del conflitto di interessi al principio di esecuzione del contratto secondo buona fede.

([179]) Cfr. esattamente, quanto all'art. 1394 cod. civ., JAEGER, *op. cit.*, p. 216 (v. invece, quanto alla disciplina del contratto con se stesso, a p. 210: per la critica, dietro, al n. 2). Riportano a un principio unitario la disciplina del conflitto di interessi assembleare e quella del conflitto di interessi del rappresentante (art. 1394 cod. civ.) FRÈ, *Società per azioni*[3], cit., in *Commeni. cod. civ.*, SCIALOJA-BRANCA, art. 2373, pp. 309-310; SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, cit., p. 350 sgg.; WEILLER, *Il conflitto d'interessi*, cit., in *Foro pad.*, 1946, II, 34 (ma v. la precisazione a p. 40).

([180]) V. già ASQUINI, *Conflitto d'interessi*, cit., in *Scritti giur.*, vol. I, p. 171 sgg.; CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, cit., p. 113 sgg.; DE MARTINI, *La tutela delle minoranze*, cit., in questa *Rivista*, 1953, I, 31 sgg.

rilevato che, mentre in quelle norme viene soddisfatta un'esigenza di fedeltà di chi, nei rapporti con i terzi, debba curare l'altrui interesse ([181]), con l'art. 2373 cod. civ. viene invece posta una disciplina concernente la formazione di decisioni comuni, al fine di realizzare un ordinamento autonomo di carattere economico. Si pone il diverso problema della individuazione di un limite a un potere altrimenti libero, prevedendo una garanzia sostanziale di correttezza nel procedimento di determinazione del comune interesse. Non vi sarebbe pertanto ragione plausibile, come rilevato nelle pagine precedenti, per circoscrivere l'interesse particolare *ex* art. 2373 ai casi di contrapposizione contrattuale fra socio e società, sulla base del richiamo agli arti. 1394 e 1395 cod. civ. ([182]).

Nel quadro indicato, alla disciplina in esame non può essere certamente attribuito carattere eccezionale. Essa si pone piuttosto su un piano parallelo alla normativa di correttezza operante in vari settori dell'ordinamento giuridico italiano, pur nella peculiarità dello strumento tecnico-giuridico adottato in funzione delle caratteristiche dell'ordinamento delle società di capitali, ed è pertanto riconducibile ad un quadro di principi saldamente affermati con l'entrata in vigore del nuovo codice civile e della Costituzione repubblicana ([183]).

Non si potrebbe quindi affermare che la disciplina pone un eccezionale limite all'esercizio di diritti soggettivi ([184]), visto che tutta la disciplina della correttezza imprime un limite all'esercizio dei diritti, sia pure con diversa accentuazione e portata a seconda del settore dell'ordinamento in cui opera, e che comunque la qualificazione del voto come diritto soggettivo dovrebbe costituire un *posterius* rispetto alla individuazione delle caratteristiche giuridiche di esso, piuttosto che un *prius*, da cui argomentare l'inammissibilità di limiti alla libertà di determinazione.

Né, in senso opposto, si potrebbe assumere che il carattere eccezionale deriva alla norma dal fatto che essa nega la sindacabilità del fine perseguito con il voto ([185]), dato che il divieto di fondare l'annullamento della deliberazione sul solo riesame delle finalità perseguite con il voto non ha carattere eccezionale, ma è, al

---

([181]) V., per tutti, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*[3], Napoli, 1966, n. 60; PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, in *Studi sulla rappresentanza*, cit., p. 106 sgg.; *Cantra*, però, MINERVINI, *Il conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione*, in *Ardi*, *giur.*, vol. 133, 1946, 136-147, il quale ritiene l'interesse del rappresentato «tutelato sufficientemente *in via indiretta*, mediante l'imposizione (*ope legis*, o nell'ambito del negozio di gestione) al rappresentato dell'obbligo di far uso dell'ordinaria diligenza nello svolgimento dell'attività rappresentativa».

([182]) V. dietro, al n. 2.

([183]) V. ampiamente GAMBINO, *op. ult. cit.*, cap. VI, n. 5.

([184]) MESSINEO, *Impugnativa di delibera di fusione*, cit., in *Riv. società*, 1957, 244; ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, cit., p. 76.

([185]) SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, cit., p. 359.

contrario, come notato più volte, coerente con le caratteristiche dell'ordinamento delle società di capitali: in relazione alle quali – ed in conformità ad un orientamento comune anche ad altri paesi – è stata legislativamente prescelta una sanzione dei comportamenti abusivi fondata sulla permanenza dell'autonomia dell'ordinamento particolare e della libertà di decisione dei suoi membri. In tal senso, la norma non ha neppure il carattere – come è stato ancora ritenuto – di una eccezione al divieto, per il giudice, di riesame del merito della deliberazione assembleare ([186]): se è vero che, pur essendo consentita una parziale valutazione del merito, questa è limitata all'accertamento del danno per il patrimonio sociale e non rappresenta inoltre l'unico presupposto per l'annullamento della deliberazione (onde ha, in effetti, il fine di salvare ancora la deliberazione pur in presenza di indici tipici dell'abuso).

Così, mentre la proposta interpretazione della disciplina dell'art. 2373 cod. civ. – in particolare, attraverso il più ampio significato dato all'interesse personale e all'agire per conto altrui – consente di estendere la sanzione al di là di quanto ritenuto dalla dottrina dominante, è aperta la via all'inquadramento della disposizione, insieme alle altre norme operanti in settori diversi dell'ordinamento giuridico italiano, in un principio più generale, che offra una disciplina anche per i casi non contemplati nell'art. 2373: in particolare, se si tiene presente la conclusione raggiunta nelle pagine precedenti, per la quale le fattispecie abusive, delle quali si postula la disciplina positiva, non richiedono l'adozione di un sistema subiettivo, fondato sui motivi del voto, radicalmente diverso dal sistema obiettivo adottato con l'art. 2373 cod. civ. ([187]).

Ma è chiaro che il problema della vigenza di un principio più ampio e dei caratteri che questo assuma nelle società capitalistiche in congruenza con la tecnica operativa stabilita nell'art. 2373, pur dovendo prendere le mosse dal significato e dalla portata di questa norma, richiede un'ulteriore autonoma indagine.

([186]) JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 213; e v. MENGONI, *Appunti*, cit., in *Riv. società*, 1956, 450.

([187]) V. dietro, al n. 3.

Abuso di potere nelle assemblee delle società per azioni (*) (**)

1. Il principio di maggioranza rappresenta uno strumento tecnico per garantire l'efficienza dell'azione sociale. Impedendo il veto del singolo socio, esso agevola il costante adeguamento del rapporto societario alle nuove esigenze, che si manifestano nell'esercizio di una attività economica destinata a perdurare nel tempo. Correlativamente il principio non evita però che la maggioranza faccia prevalere nella deliberazione assembleare interessi particolari a danno del gruppo sociale o di altri soci. Il pericolo dell'abuso è, in altri termini, inerente alla adozione del metodo maggioritario.

Insieme si manifesta il fenomeno inverso della formazione di minoranze assembleari spregiudicate: che utilizzano le garanzie di legalità formale, che assistono il procedimento deliberativo, allo scopo di svolgere azioni di *chicane* o di ricatto, con cui ottenere vantaggi particolari o comunque un peso nella gestione sproporzionato al rischio economico, talora pressoché inesistente. È il caso, di recente teorizzato da Aurelio Candian, del c.d. azionista guastatore o *dermatophilus penetrans*.

Vigente il codice di commercio, in un modello di società anonima nella quale si ipotizzava che tutti gli azionisti partecipassero alla gestione comune con competenza e con un potere proporzionale al rischio, l'interprete, dinanzi al pericolo di comportamenti abusivi, poteva acquietarsi al rilievo di Cesare Vivante: il quale osservava come, fatti salvi i casi estremi assimilabili al contratto con se stesso, il legislatore aveva preferito «fidarsi nella coscienza del socio interessato e nell'accorgimento degli altri». Ma la realtà della società per azioni odierna non consente più di arrestarsi con un atto di fiducia nella competenza degli azionisti di minoranza e nel vincolo morale, che induca la maggioranza a pretermettere il proprio interesse particolare all'interesse comune. Le maggioranze assembleari sono sovente rappresentative di un'esigua minoranza del capitale sociale: con la conse-

---

(*) Estratto dalla *Rivista Dottori Commercialisti*, 1969, pp. 1035-1056.

(**) Lezione tenuta in occasione del Convegno Nazionale dei Dottori Commercialisti, Venezia 23, 24, 25 giugno 1969.

guente dissociazione di quel rapporto tra potere e rischio economico, che garantiva l'intero gruppo sociale da azioni non ispirate all'interesse comune. Gli altri azionisti non hanno spesso né la competenza, né l'interesse a partecipare all'esercizio dell'attività economica e restano quindi assenti non per deplorevole negligenza, ma per obiettive ragioni tecnico-economiche; così però consentendo alla minoranza di divenire maggioranza assembleare, talora ispirata ad interessi particolari non coincidenti con l'interesse comune.

Può anzi rilevarsi che il problema dell'abuso di potere dei soci si inserisce in un contesto più ampio, apparendo come manifestazione di un fenomeno caratteristico dell'età, nella quale la società italiana ha fatto da poco il suo ingresso. Le esigenze dell'epoca moderna richiedono, in tutti i settori del vivere civile, un'ampia attribuzione di poteri. Ma, per ciò stesso, l'era tecnologica porta in sé il rischio dell'abuso. La tecnica, nella sua apparente obiettività, non si sottrae al pericolo di essere posta al servizio di interessi personali e arbitrari. Nella riflessione del giurista si apre così, come uno dei temi primari del tempo presente, la ricerca di una nuova garanzia alla libertà del cittadino: la sottoposizione del potere al controllo, affinché sia ad esso consentita la più ampia manifestazione, ma insieme ne sia reso responsabile l'esercizio.

2. Va tuttavia subito avvertito che il problema investe non solo la generale esigenza di un controllo dell'abuso, ma insieme le modalità con le quali tale controllo venga esercitato. Nella sfera delle società per azioni il tema ha, in tal senso, un campo di applicazione esemplare. È chiaro infatti che attraverso una diversa determinazione di tali modalità può passarsi da una sanzione dell'abuso, che non elimini l'autonomia societaria, ad una sostituzione del giudice al privato nella individuazione della politica economica della società.

Il magistrato italiano non ha assunto un orientamento uniforme. Si assiste così all'oscillazione tra il rifiuto di ogni indagine diretta a perseguire l'abuso, in nome del principio della insindacabilità dell'interesse sociale fissato dall'assemblea, e l'accoglimento di impostazioni, che postulano un pieno riesame delle scelte compiute dalla società.

Se si prendono in esame taluni casi tipici proposti alla giurisprudenza, là dove i giudici non hanno delimitato rigidamente il loro compito a un sindacato di mera legittimità formale, la repressione dell'abuso è stata sovente affidata alla valutazione del manifesto contrasto della deliberazione con l'interesse sociale: in altri termini, è stata demandata all'istituto dell'eccesso di potere. Così in noti casi di esclusione del diritto di opzione; così in casi di deliberazioni di approvazione dell'operato degli amministratori o dei liquidatori, prese senza il preventivo deposito del bilancio o del rendiconto della liquidazione; così in caso di deliberazione assembleare di approvazione del bilancio, allorché gli ammortamenti fossero stati stabiliti con manifesta eccedenza dai limiti entro i quali potessero spiegarsi diver-

genze di apprezzamento e avessero avuto la prevalenza non le esigenze sociali, ma i fini particolari dei soci di maggioranza. Parallelamente si è affermato il dovere del socio di agire nell'interesse sociale anche nell'esercizio di diritti corporativi diversi dal voto: così si è ritenuto che il diritto di discussione in assemblea trovi un limite nel mancato perseguimento dell'interesse sociale.

In altre fattispecie, la repressione dell'abuso è avvenuta senza indicare la ragione normativa che confortava la conclusione della nullità della deliberazione o portando argomenti chiaramente inattendibili. Esemplari i casi di riduzione a zero del capitale sociale e contemporanea reintegrazione o di aumento di capitale, predisposti al fine di estromettere la minoranza.

È noto che il timore che la maggioranza assembleare deliberi l'annullamento per perdite e la contemporanea reintegrazione del capitale al solo fine di escludere dall'organizzazione sociale la minoranza ha indotto parte della dottrina a sostenere la costante illegittimità di tale operazione indipendentemente dalla ricerca, caso per caso, delle concrete finalità perseguite. La società dovrebbe essere posta in liquidazione, in modo da attribuire a tutti i soci i valori patrimoniali non emergenti dal bilancio. Ma, sullo stesso piano valutativo, è stata rilevata la rigidità di una pregiudiziale contrapposizione tra minoranza disarmata e maggioranza depredatrice: non può escludersi che la maggioranza sia effettivamente disposta a sacrifici per salvare l'attività sociale di fronte a una minoranza, che usi l'arma del veto a scopo di ricatto. E si è ammonito: «Il ne faut pas construire une conception et une technique de la société anonyme sur la croyance que la minorité est bonne et la majorité mauvaise». Inoltre anche una riduzione parziale con reintegrazione o un semplice aumento di capitale offrono la possibilità di realizzare l'abuso lamentato. Così la medesima manovra fraudolenta a danno della minoranza potrebbe essere attuata, per eludere la sanzione, riducendo il capitale a un valore minimo e contemporaneamente reintegrandolo. In tal modo si conserverebbe formalmente, anche dopo il compimento dell'operazione, la partecipazione di tutti i soci, eventualmente ridotta ad una sola azione.

I giudici italiani si sono pronunciati per la validità delle deliberazioni di annullamento e reintegrazione del capitale sociale. Nel contempo – in una nota sentenza di Cassazione del 1951 – hanno affermato la nullità della deliberazione assembleare, quando si possa ravvisare in essa il fine fraudolento di eliminare soci molesti e di accentrare soltanto nel gruppo di maggioranza la disponibilità del capitale azionario. Ma della ragione normativa della dichiarata nullità non è stata data spiegazione.

Era stato avvertito che l'operazione a danno delle minoranze può realizzarsi anche attraverso un semplice aumento di capitale. L'ipotesi si è verificata. L'assemblea di una società per azioni aveva deliberato un aumento di capitale sebbene le disponibilità della società fossero tali da non richiedere immissioni straordinarie di danaro. Quattro mesi dopo la deliberazione, era stato assegnato, in sede di

distribuzione degli utili, un dividendo tale che gli azionisti, che avevano esercitato il diritto di opzione, ottenevano il rimborso integrale di quanto versato. Risultato dell'operazione era stato quello di ridurre la quota di partecipazione di un socio, che non aveva esercitato il diritto di opzione, da poco meno della metà a meno di un decimo del capitale sociale.

La nullità della deliberazione per illiceità dell'oggetto è stata argomentata, dai giudici di merito, con la violazione dei principi e delle norme, che assicurano agli azionisti parità di diritti in proporzione delle azioni possedute. Si può però subito opporre che la deliberazione non aveva escluso per taluni il diritto di opzione e non aveva quindi realizzato una disparità giuridica fra i soci. Il principio della parità formale di trattamento, garantito dagli arti. 2348, 2350 e 2351 c.c. non era stato violato.

Neppure il diverso argomento addotto dalla Cassazione, che non ha seguito i giudici di merito nella motivazione, ma ha confermato la dichiarazione di nullità, appare conclusivo. Vi sarebbe stata, nella specie, una dolosa alterazione dei dati di bilancio, onde l'aumento di capitale, in se stesso lecito, si sarebbe inserito in un piano delittuoso, a causa delle configurabilità del reato di false comunicazioni sociali previsto nell'art. 2621 n. 1 c.c. Ma è inattendibile, in primo luogo, l'esistenza del nesso causale tra la falsità di bilancio e il mancato esercizio del diritto di opzione: da parte di un socio titolare di quasi la metà del pacchetto azionario, il quale sarebbe stato tratto in inganno dai dati contabili contenuti nel bilancio ufficiale della società sino al punto da essere dissuaso dall'esercitare l'opzione e da ridurre così a un decimo la sua partecipazione sociale. In secondo luogo, il fine della complessiva manovra predisposta dai soci di maggioranza a danno della minoranza non ha, nell'ordinamento italiano, carattere delittuoso; né lo acquista – se si tiene presente il significato tecnico di disegno criminoso – per il solo collegamento con il reato di false comunicazioni sociali. In effetti, motivi di giustizia sostanziale reclamavano una decisione, che, in mancanza di altri argomenti, è stata fondata su dati non determinanti.

3. Se si escludono le giustificazioni appena ricordate, inattendibili e in parte legate al caso di specie, l'orientamento giurisprudenziale prevalente, nell'offrire una sanzione ai comportamenti abusivi dei soci, si indirizza chiaramente verso l'istituto dell'eccesso di potere, inteso come rimedio sanzionatorio del manifesto contrasto della deliberazione con l'interesse sociale.

Qui interessa rilevare in proposito – al di là del collegamento, pur indubbio nei giudici italiani, con la concezione istituzionale della società – che l'elemento centrale della impostazione è dato dal principio che l'azionista, agendo in assemblea, ha il dovere di perseguire l'interesse sociale. Ora, tale principio – cui è appunto correlativa la conseguenza dell'annullamento della deliberazione se contraria all'interesse sociale – è comune non solo alla concezione istituzionale, ma anche a

vari orientamenti espressi nell'ambito della impostazione contrattualista delle società. Ed è questo principio che, in primo luogo, deve formare qui oggetto di esame, poiché esso, al di là dello specifico strumento tecnico prescelto e del *nomen iuris* dato al rimedio, esprime un orientamento generale, di valore ideologico prima che giuridico, sui caratteri e la struttura della società per azioni. Nella comune esigenza di porre un limite al potere, attraverso le modalità con cui il limite viene imposto, si esprime una precisa concezione risolutiva della dialettica tra libertà e autorità.

Ove si affermi che l'azionista deve perseguire in assemblea l'interesse comune, il problema dell'abuso viene radicalmente risolto. Il magistrato determinerà l'obiettivo interesse comune nell'operazione economica considerata e, se la maggioranza abbia manifestamente deviato dall'interesse così accertato, la deliberazione assembleare verrà annullata. Il dovere di agire in funzione sociale investirà evidentemente anche il socio di minoranza. Di qui la conseguenza che saranno a questo vietati tutti i comportamenti in assemblea, con i quali egli ostacoli il perseguimento dell'interesse comune: così nell'ambito del diritto di discussione, così nella richiesta di informazioni agli amministratori, sino alla tesi, di recente proposta da Candian, che anche il diritto di impugnativa debba essere esercitato, pena la decadenza, nell'interesse del gruppo sociale.

In tale contesto, l'istituto dell'eccesso di potere rappresenta solo uno degli strumenti, attraverso i quali confermare normativamente la conclusione.

Chi rileva che l'azionista, operando nella qualità di organo della società, amministra interessi altrui, postulerà appunto l'applicazione alle società per azioni del rimedio pubblicistico dell'eccesso di potere, interpretato come istituto sanzionatorio della manifesta deviazione dall'interesse sociale. È l'orientamento proposto in Italia sin dal 1926 da Francesco Carnelutti, parallelo ad un indirizzo espresso dalla giurisprudenza francese e ancor oggi accolto, come dianzi rilevato, da parte della giurisprudenza italiana.

Chi fa leva su dati sociologici, influenzati anche da indirizzi politici, affermerà l'esistenza di un dovere di fedeltà dell'azionista alla comunità particolare, alla quale egli appartiene (*Treuepflicht*). È l'indirizzo accolto dai giudici tedeschi anteriormente alla seconda guerra mondiale.

Chi si muove nell'ambito di una concezione contrattualista trarrà argomento dalla natura e dalle caratteristiche del contratto di società o dal dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede *(ex* art. 1375 c.c.), imponendo all'azionista di dare la sua piena cooperazione per il conseguimento dello scopo sociale. È anch'essa un'impostazione accolta in Francia tra le due guerre e ripresa pure in Italia.

Caratteristica essenziale dell'impostazione è il riconoscimento del carattere obiettivo dell'interesse sociale e insieme dell'obbligo dei soci di perseguire tale interesse. È invece indifferente che l'interesse della società sia concepito come

interesse superiore rispetto a quello dei soci ovvero sia risolto nell'interesse comune. Il fulcro della soluzione nei suoi risultati operativi è dato dall'affermazione di un potere del magistrato di accertare l'obiettiva conformità dell'operazione deliberata all'interesse sociale, quale individuato dal giudice stesso. La repressione dell'abuso viene realizzata affidando al magistrato l'ultima parola in merito alla politica economica societaria.

In questa prospettiva si manifesta la tendenza ad attribuire al giudice la valutazione delle diverse situazioni reali, oltre l'apparente identità formale delle operazioni. Nel sospetto che la tecnica, costruendo il suo mito, tenda a sottrarsi a ogni controllo, il magistrato supera lo schermo del fenomeno tecnico, per valutare gli interessi che vi si celano. Traspare la convinzione che la sensibilità umana del giudice sia in grado di cogliere la realtà dei fini umani anche in presenza di complessi apprezzamenti tecnici. In altri termini, si postula il superamento della fase economica, in cui il processo di espansione industriale rifiuta ogni limite estraneo alle forze che lo determinano e ai dati economici obiettivi, E si ritiene tanto più necessario uno strumento duttile, che consenta di adeguare la norma astratta ad una realtà estremamente complessa, in un tempo, come il presente, caratterizzato da uno spiccato dinamismo dei rapporti economici e sociali.

Ma appaiono chiare a questo punto anche la ragioni della vigorosa opposizione manifestatasi nei confronti di un orientamento che, muovendo da premesse generali diverse, giunge all'identica conclusione di demandare al giudice il sindacato sugli apprezzamenti compiuti dall'assemblea sociale. Al di là degli argomenti giuridici, si esprime la convinzione – da Hueck in Germania a Scialoja in Italia – che persone estranee al mondo della tecnica non siano le più idonee per apprezzare con competenza le valutazioni richieste nell'amministrazione delle imprese sociali. Con una reazione forse eccessiva, si osserva che il riconoscimento di un tale sindacato giudiziario comporterebbe la creazione di un controllo tardo, incompetente e gravemente lesivo della sfera di libertà necessaria all'iniziativa economica. Meglio allora affidare tali valutazioni, in una prospettiva di riforma legislativa, ad un organo tecnico pubblico, dal quale deriverebbe un mutamento del ruolo dell'autonomia privata nell'economia del paese, ma che potrebbe giudicare con competenza ed efficacia.

Dinanzi a queste opposte ispirazioni, che pur muovono da giustificate preoccupazioni, occorre accertare, a mio avviso, se sia possibile, sul piano del diritto positivo, una diversa risposta al problema: che, tenendo presente l'istanza di giustizia che anima il nostro magistrato, sia idonea a contemperare un efficace controllo giurisdizionale con la garanzia della libertà di determinazione privata. Tra l'attribuzione di un generale potere di apprezzamento di merito al giudice ordinario, che condurrebbe – al di là di talune ipotesi specificamente previste, come nel caso di esclusione del diritto di opzione *ex* art. 2441, 3° comma c.c. – alla generale sostituzione del giudice ai privati nella scelta della politica economica societaria, e

l'affermazione classica che dalla manifestazione delle reciproche libertà scaturisce necessariamente il bene comune, un diverso orientamento tenderà ad attribuire al giudice l'individuazione di specifiche fattispecie abusive, vincolandolo a criteri, che non comportino una valutazione della concreta congruità dell'atto allo scopo. Attraverso diverse modalità repressive dell'abuso sarà così possibile realizzare una rigorosa tutela dei soci, insieme però riconoscendo all'autonomia privata il diritto di conoscere esattamente i limiti entro i quali essa possa attuarsi liberamente senza interferenze giurisdizionali.

4. Sul piano più strettamente tecnico-giuridico, un esame del fondamento delle varie teorie, con le quali è stato affermato il dovere dei soci di perseguire l'interesse comune conduce alla conclusione che esse non appaiono conclusivamente dimostrate.

Si è ricordata dianzi la tesi – che va inquadrata nella allora prevalente concezione della personalità giuridica, ancor oggi accolta dai giudici italiani – per la quale il socio agisce in assemblea in qualità di organo della società, amministrando un patrimonio altrui. Gli sarebbe pertanto preclusa, nella cura dell'altrui interesse e attraverso l'istituto dell'eccesso di potere, ogni manifesta deviazione dall'interesse sociale.

Ora, ove non si voglia dedurre la soluzione normativa da un presupposto concettuale, qualsiasi concezione della personalità giuridica venga accolta e qualsiasi nozione di organo venga proposta non può essere dimenticato che nell'ordinamento delle società per azioni un gruppo, di cui il socio fa parte, esercita un'attività economica con fine lucrativo e che vi e quindi un interesse del socio stesso all'azione associativa. Appare perciò chiaro che la concezione organica, se non ha l'appoggio di una concreta disciplina positiva, non può di per se sola condurre ad affermare un obbligo del socio di perseguire l'interesse sociale. Nella valutazione normativa può essere stato attribuito infatti prevalente rilievo all'interesse individuale, per il quale i singoli hanno costituito la società e danno vita ad essa. Si dovrà ritenere, in tal caso, in adesione al classico orientamento liberale, che lo strumento più idoneo per il conseguimento del bene comune al gruppo sia la libera espressione degli interessi e moventi individuali, che si compongono attraverso il dibattito e l'applicazione del principio maggioritario. Oppure può essere stato considerato inefficiente quello strumento di libertà, riconoscendosi l'esistenza, nella realtà della vita associativa, di gruppi di controllo o intendendosi tutelare terzi estranei al gruppo. È chiaro che per la soluzione di tale delicato problema di politica legislativa non offre alcun aiuto la costruzione, sul piano della logica formale, della nozione generale di organo, indipendente dalla valutazione degli interessi specifici concretamente rilevanti.

Sul versante contrattualista, il rifiuto di operare deduttivamente dalla concezione organica della personalità giuridica si accompagna ad una più viva consa-

pevolezza dell'esigenza di indicare norme o principi, alla luce dei quali affermare un vincolo giuridico dei soci nell'esercizio del voto.

Ci si è così recentemente riportati alla natura e alle caratteristiche del contratto di società, per fondare su di esse la vigenza di un principio di collaborazione fra i soci. La tesi si appoggia sulla stessa definizione del contratto di società, data dall'art. 2247 c.c. e nella quale si richiede, come è noto, l'esercizio *in comune* dell'attività economica. Sulla base di tale indice si è ritenuto (Jaeger) che l'attività svolta in comune assuma carattere strumentale rispetto all'interesse finale e debba essere quindi diretta al perseguimento degli scopi, per i quali l'organizzazione societaria è stata creata.

Ma all'espressione legislativa – esercizio *in comune* dell'attività economica – non può essere attribuito un significato letterale. Ove si desse alla disposizione il senso letterale postulato si dovrebbe consentire ai soci, in contrasto con la ripartizione di competenze propria della società per azioni, una diretta partecipazione alle operazioni tecnico-produttive e amministrative, attraverso le quali si svolge in via primaria l'esercizio dell'attività. La formula legislativa, in effetti, indica solo che l'esercizio dell'attività economica avviene per conto del gruppo dei soci ed è riferibile alla volontà di questi. Essa esige – come ha ricordato Paolo Greco – che l'intero processo produttivo abbia luogo nella sfera sociale con i mezzi in essa gestiti e per suo conto e rischio, dando quindi luogo a costi comuni a tutti i soci e da tutti sopportati e che inoltre tutti i soci si trovino in una posizione di uguaglianza giuridica.

Con riferimento poi alla natura del contratto di società, già nel 1921 Wieland, nella prima e più elaborata indagine sui contratti associativi, avvertiva che il contratto di società è caratterizzato da uno specifico tipo di legame fra le prestazioni. L'elemento peculiare della categoria appariva la destinazione giuridica dei conferimenti al conseguimento del risultato contrattuale, non una funzionalizzazione del comportamento dei soci allo scopo sociale. Si aveva anzi cura di precisare – con riguardo alle società per azioni – che la comunione di scopo, che unisce i conferimenti, non coincide con l'esistenza di una comunione di interessi, per la quale il socio debba sacrificare il proprio interesse a quello altrui.

Ancora nella vigenza del codice di commercio, la dottrina italiana – in particolare, Ascarelli ed Auletta – nel delineare la categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, confermava che l'obbligo costantemente derivante dal contratto di società è quello di conferire. E configurava un rapporto di dipendenza tra le obbligazioni dei conferimenti e l'esercizio dell'attività fissata in contratto, così anticipando la disciplina vigente, nella quale nei contratti con comunione di scopo le prestazioni sono poste in rapporto teleologico con il raggiungimento dello scopo comune.

In altri termini, l'eventuale imposizione ai soci di vincoli personali per l'esercizio dell'attività economica non dipende dalle caratteristiche generali della co-

munione societaria, ma dal tipo di organizzazione prescelto per lo svolgimento dell'attività sociale. I poteri e i doveri dei soci si determinano diversamente, nei singoli tipi societari, in dipendenza delle specifiche caratteristiche dell'organizzazione. Al principio di organizzazione, sotto il profilo logico, è solo essenziale, come limite inerente alla stessa struttura organizzativa, la subordinazione dei singoli ad un potere espresso da altri soggetti, eventualmente attraverso il metodo maggioritario, non l'esigenza del perseguimento di una finalità comune da parte di tutti i componenti del gruppo.

Neppure il richiamo alla norma, che impone l'esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.) potrebbe confortare la conclusione che il voto debba essere esercitato in congruenza con le finalità contrattuali. In primo luogo, non appare attendibile – ma il rilievo non può essere qui sviluppato – qualificare come esecuzione del contratto un'attività, come l'attività deliberativa dei soci, che può condurre alla modificazione dello stesso contratto. In secondo luogo, la buona fede contrattuale, quando inerisce – come sarebbe il caso per il voto – ad una posizione giuridica attiva e non all'adempimento di una prestazione, non esige la posposizione dell'interesse del titolare del diritto alle esigenze altrui, né obbliga a cooperare con l'altra parte rinunciando alla soddisfazione del proprio interesse, Anche questa tesi rinvia quindi, al di là della disciplina della buona fede contrattuale, alle caratteristiche tipiche dell'ordinamento societario. Per affermare che il voto deve essere esercitato in congruità teleologica con le finalità contrattuali occorrerebbe dimostrare che esso si configura, nell'ambito dell'ordinamento sociale, come una posizione giuridica attribuita a tutela anche dell'altrui interesse, almeno nella figura mista del *droit-fonction*, ben nota alla dottrina francese.

I rilievi sin qui svolti non escludono che l'esigenza – espressa nei vari tentativi della dottrina e della giurisprudenza – di limitare il libero agire dei componenti il gruppo sociale sia, anche per le società di capitali, largamente giustificata; se è vero – come rilevava Josserand – che nelle comunioni volontarie di scopo all'amplissima libertà di determinazione dei soci si accompagna con maggiore gravità il rischio dell'esercizio abusivo del potere. Va però accertato, alla luce della specifica disciplina delle società di capitali, la quale tiene presenti le particolari esigenze economico-funzionali di queste, se il limite all'azione dei soci non debba essere determinato in una diversa prospettiva, in relazione alle specifiche caratteristiche del tipo adottato di organizzazione societaria.

5. Appare opportuno, a questo, punto, prendere sia pure brevemente in esame l'unica disposizione, nella quale, con specifico riferimento alle società per azioni, si prevede un preciso limite all'agire degli azionisti nel procedimento di formazione delle deliberazioni assembleari. Mi riferisco all'art. 2373 c.c. sul conflitto di interessi assembleare. In tale norma è stato accolto un diverso indirizzo, che sanziona una precisa fattispecie abusiva, senza consentire al giudice un accertamento

del concreto interesse comune nella deliberazione e quindi la valutazione della concreta congruità di questa con l'interesse della società. La disposizione non deroga al principio, per il quale l'ordinamento statuale rimette all'ordinamento societario le decisioni comuni al gruppo e quindi la individuazione dell'interesse, che queste debbano realizzare. Tenendo inoltre presente la realtà psicologica – avvertita già da Müller-Erzbach – per la quale il socio, nel valutare l'interesse comune, lo vede inevitabilmente filtrato attraverso i propri interessi, la disposizione non vieta all'azionista di perseguire nella società anche interessi personali. Viene posto però un limite: l'esistenza di uno specifico interesse a un vantaggio particolare, che sia incompatibile con l'interesse comune inteso in senso tipico e cioè con l'interesse a un lucro comune da realizzare attraverso l'attività produttiva e da dividere fra tutti i soci.

Le caratteristiche dei comportamenti abusivi si trovano segnate, in particolare escludendo quella diretta comparazione tra l'interesse realizzato con la deliberazione e un concreto interesse sociale, determinato dal giudice stesso, che era stato proposto negli anni '30 dai giudici tedeschi. È piuttosto rilevabile l'analogia nei risultati pratici – pur con una tecnica giuridica diversa – con l'orientamento accolto dalla giurisprudenza tedesca successivamente alla seconda guerra mondiale, attraverso l'applicazione alle società di capitali dei principi dell'abuso del diritto: salva, nell'orientamento di oltralpe, l'estensione del rimedio anche ai casi di danno esclusivo delle minoranze per la presenza di interessi particolari non incompatibili con il tipico interesse comune.

Nel quadro indicato, alla disciplina sul conflitto di interessi non può essere certamente attribuito carattere eccezionale. Essa si pone su un piano parallelo alla normativa di correttezza operante in vari settori dell'ordinamento giuridico italiano, pur nella peculiarità dello strumento tecnico-giuridico adottato in funzione delle caratteristiche dell'ordinamento delle società di capitali. È aperta pertanto la via all'inquadramento della disposizione, insieme alle altre norme operanti in settori diversi dell'ordinamento giuridico, in un principio più generale, che, mantenendo il riconoscimento dell'autonomia tecnica dell'ordinamento sociale, offra una disciplina anche per i casi non contemplati nell'art. 2373: in particolare, per i casi di danno esclusivo delle minoranze, che sono quelli di maggior rilievo pratico e che, come appena osservato, sono attualmente sanzionati dai giudici tedeschi e francesi con il divieto dell'abuso del diritto.

6. La convinzione che la normativa di correttezza presente nel codice civile si ordini intorno a un principio generale si è andata estendendo nella recente dottrina. Muovendo dalla specifica disciplina prevista in materia di adempimento delle obbligazioni (art. 1175), di formazione (art. 1337), efficacia (art. 1358), interpretazione (art. 1366), esecuzione (art. 1375) e inadempimento (art. 1460) del contratto, nel quadro anche dei principi posti dalla Costituzione, si è messo in luce il

collegamento esistente fra le varie norme in tema di correttezza e buona fede operanti, pur in modo frammentario, nell'ambito dei rapporti giuridici patrimoniali. Si è sottolineata la contraddizione di quanti, nel timore di un richiamo a valutazioni extragiuridiche, hanno dimenticato l'esistenza di una pluralità di norme positive. Si è fatto leva sulla precisa intenzione che, sul piano storico, ha mosso il legislatore nel vincolare i privati all'osservanza dei principi di solidarietà nei rapporti intersoggettivi, rilevando insieme come lo spirito generale della nuova codificazione sia profondamente diverso dalla ispirazione delle codificazioni liberali del XIX secolo. Si è infine richiamata l'attenzione sull'incidenza che, nell'interpretazione del codice, hanno i principi fissati nella costituzione del 1948, in cui appare chiaramente superata una concezione individualistica dei diritti soggettivi e dei relativi atti di esercizio.

In effetti, nella carta costituzionale il mutamento di prospettiva appare chiaramente confermato. L'imposizione, in linea di principio, di limiti ai diritti soggettivi, a garanzia del rispetto della personalità umana nei rapporti intersoggettivi, emerge già nell'art. 2 della Costituzione: dove, con un'enunciazione generalissima, l'esercizio dei diritti viene collegato all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. La disposizione è stata qualificata come «norma chiave dell'intero ordinamento costituzionale» (Mortati), sottolineandosi che essa rappresenta il «più netto ripudio dell'individualismo atomistico» ed afferma «la limitazione reciproca delle posizioni soggettive individuali nei rapporti dei cittadini tra loro e con lo Stato». Ora, pur se la prevalente dottrina nega che le norme costituzionali abbiano efficacia diretta fra i privati, è indubbia – ove si superi il diffuso disinteresse dei privatisti per la disciplina costituzionale – la rilevanza dell'ordinamento costituzionale nella interpretazione delle norme positive ad esso sottordinate. Così è certo che la disciplina costituzionale pone un criterio direttivo per la enucleazione dei principi generali dell'ordinamento positivo.

D'altra parte, l'ampiezza della disciplina della correttezza e della buona fede nel codice civile non ha bisogno di essere sottolineata. Essa abbraccia il comportamento dell'una e dell'altra parte in tutta la dinamica contrattuale dalla fase delle trattative alla pendenza, dell'efficacia nel contratto condizionato, alla determinazione del regolamento contrattuale, all'attività di soddisfazione delle reciproche aspettative negoziali, sino alla valutazione del rifiuto di adempiere di fronte all'inadempimento dell'altra parte. Essa, con una norma estremamente generale, abbraccia tutti i rapporti giuridici obbligatori, anche di origine non contrattuale, vincolando creditore e debitore al dovere di lealtà e di rispetto della sfera altrui nella reciproca attività esecutiva del rapporto.

In tale contesto, l'accoglimento dell'indirizzo, che afferma la vigenza di un principio di correttezza là dove vi siano specifiche posizioni di vincolo tra soggetti determinati, non è legato solo ad un mutamento di sensibilità del giurista nel-

l'individuare i principi posti a base dell'ordinamento giuridico e nel ricercare la coerenza di questo ai suoi fini ultimi umani, ma, pur nell'indubbia eccedenza assiologica di ogni principio rispetto alle norme che lo esprimono, si appoggia a precisi dati normativi.

Vanno però precisati i termini, nei quali il principio di correttezza– sui cui caratteri generali non è possibile qui soffermarsi ulteriormente -– risulta riferibile al procedimento deliberativo delle società per azioni.

La disposizione sul conflitto di interessi assembleare ha indicato l'insussistenza di specifiche preclusioni all'applicazione del principio di correttezza nei rapporti sociali. La norma prevista nell'art. 2373, lungi dall'avere carattere eccezionale, sancisce il superamento di una concezione individualistica delle società di capitali, in conformità ad un più generale indirizzo emergente nel diritto delle obbligazioni e dei contratti. La norma garantisce la rilevanza giuridica dei principi di solidarietà nell'ambito del gruppo sociale, proponendo una diversa considerazione dell'istituto delle società per azioni rispetto al modello tradizionale previsto nell'abrogata disciplina del codice di commercio.

D'altra parte, se è vero che l'art. 2373 e, in generale, la normativa delle società per azioni escludono l'imposizione di una positiva direzione all'agire dei soci e quindi una funzionalizzazione del voto all'interesse sociale concreto, anche il principio di correttezza non implica una funzionalizzazione delle posizioni giuridiche sulle quali incide. L'esigenza di congruità con un risultato obiettivamente determinato opera solo nell'ambito dell'esecuzione negoziale, là dove è previsto lo specifico criterio della buona fede contrattuale.

Deve essere tuttavia rilevato che la tecnica operativa del principio, nel quadro dell'ordinamento delle società di capitali, non si identifica con la tecnica con cui agiscono gli specifici criteri legislativi della correttezza nei rapporti obbligatori (art. 1175 c.c.) e della buona fede nell'esecuzione contrattuale (art. 1375 c.c.). Il criterio si determina in dipendenza delle specifiche caratteristiche giuridiche dell'ordinamento sociale.

In primo luogo, il principio è destinato ad agire nell'ambito di un procedimento deliberativo. In esso si pone il problema, non risolubile in termini di rapporti obbligatori o esecutivi del contratto, della formazione di un giudizio collegiale vincolante per tutti i membri del gruppo. L'azione del criterio della correttezza si sposta quindi al momento del giudizio, ponendo un limite all'esercizio del voto ed assolvendo ad un'esigenza di legalità sostanziale del procedimento. La sua tecnica operativa è, in tal senso, analoga a quella fissata dalla norma sul conflitto di interessi assembleare e non ai criteri indicati là dove la violazione del dovere di correttezza o di buona fede rileva ai fini della valutazione dell'inadempimento e quindi ai fini del risarcimento del danno. Il principio di correttezza opera sul voto; la sua violazione, attraverso la c.d. prova di resistenza (pacificamente ritenuta di portata generale), implica l'invalidità della deliberazione per illegittimità nel procedimento *ex* art. 2377 c.c.

Quanto poi ai caratteri specifici della valutazione demandata al giudice, nell'esecuzione del rapporto obbligatorio o contrattuale la correttezza delimita gli interessi perseguibili in concreto nell'esercizio dei diritti e nell'attività di adempimento. Il concetto, pur non privo di notazioni psicologiche (con la valutazione della lealtà del contegno), ha registrato un processo di oggettivazione analogo a quello che hanno subito altri concetti (come la colpa o la diligenza) aventi un originario significato etico e nei quali il centro di gravità si è spostato dalle componenti psicologiche ai caratteri obiettivi del comportamento. Esso ha assunto così un significato, che fa essenzialmente perno sull'apprezzamento di interessi obiettivamente rilevanti nella sfera sociale: al fine di giudicare *ex post* le concrete modalità del procedimento esecutivo, non determinabili *ex ante e* quindi non vincolabili specificamente nel rapporto giuridico. La violazione della normativa di correttezza consegue alla mancanza di un interesse apprezzabile nelle modalità di attuazione del procedimento esecutivo, nel quadro degli indici forniti dal sistema giuridico vigente, nonché al danno degli altri soggetti del rapporto giuridico.

Nelle società di capitali, nella determinazione della carenza di un apprezzabile interesse nel socio non saranno rilevanti tutte le regole di buona amministrazione operanti in una determinata epoca storica, ma solo quelle di esse, che siano congrue con la peculiare posizione dei soci e, in particolare, con l'autonomia tecnica garantita dall'art. 2373 c.c. In tal senso, la norma sul conflitto di interessi indirizza la tecnica operativa del canone con un indice legislativo idoneo ad agire, in un procedimento deliberativo, nel rispetto dell'autonomia sociale e delle caratteristiche paritarie dell'ordinamento. Il requisito si specifica, nel quadro dell'autonomia di cui quella norma è garanzia, in un interesse a un vantaggio particolare, che incida sulla libera determinazione, da parte del gruppo, dell'interesse comune. Non è conforme a correttezza – e invalida la deliberazione se determina la maggioranza – il comportamento dell'azionista che, nel procedimento deliberativo, realizzi uno specifico interesse particolare a danno degli altri componenti dell'ordinamento sociale.

Si realizza così, accanto alla prevalente funzione di tutela dell'organizzazione sociale attuata dall'art. 2373 c.c., una diretta funzione di garanzia delle minoranze. Con il riconoscimento del carattere paritario dell'ordinamento societario si completa un sistema unitario ed obiettivo, ancorato al generale principio di correttezza.

7. È agevole, a questo punto, accertare sin dove si estende la sfera di operatività del principio di correttezza nelle società capitalistiche.

Esso sanziona, in primo luogo, il caso in cui ricorra uno specifico interesse a un vantaggio particolare da parte dei soci di maggioranza, nell'estraneità all'interesse comune e da realizzare a danno dell'interesse patrimoniale degli altri soci. Così nel caso in cui la maggioranza assembleare deliberi un aumento di capitale o

una riduzione a zero con contemporanea reintegrazione, nell'esclusivo interesse alla eliminazione o alla riduzione della partecipazione della minoranza, che non sia in grado di sottoscrivere le nuove azioni. Qui, pur mancando un conflitto con l'interesse sociale e un danno per la società, vi e uno specifico interesse particolare, obiettivamente rilevabile e che si realizza a danno dei soci di minoranza attraverso gli effetti pratici della deliberazione.

Analoga è l'ipotesi di interesse particolare dei soci di maggioranza alla fissazione del rapporto di cambio nella fusione. Sono i casi nei quali, con la deliberazione di fusione, venga determinato un rapporto di cambio non conforme all'effettivo rapporto di valore tra i patrimoni delle società partecipanti alla fusione, in quanto il socio, che abbia una. partecipazione di controllo in ambedue le società, faccia determinare un rapporto di cambio sfavorevole ai soci della società, in cui ha la minore partecipazione. Il socio di maggioranza compenserà il danno conseguente alla sottovalutazione con il maggior vantaggio derivante dalla sopravalutazione della quota nella società in cui ha una più alta partecipazione, mentre gli altri soci della società, il cui patrimonio sia stato deprezzato, subiranno una perdita secca. I soci di minoranza resteranno così gli unici a subire, senza alcun vantaggio, la sottovalutazione della partecipazione. Parallelo è il caso di fusione tra due società, una delle quali abbia il controllo dell'altra e faccia deliberare, nell'interesse particolare del proprio socio di maggioranza, un rapporto di cambio con sopravalutazione del proprio patrimonio sociale.

Anche in tali fattispecie si tende a realizzare un pregiudizio esclusivo dei soci di minoranza, che non passerà attraverso un danno al patrimonio destinato all'attività comune. Nella deliberazione di fusione con fissazione del concambio l'interesse personale è, in effetti, *in re ipsa*, in quanto la deliberazione, per ciò che riguarda il concambio, è tipicamente destinata ad incidere sull'interesse personale degli azionisti. Non essenziale è invece il conflitto con gli altri soci, essendo identico in tutti l'interesse ad ottenere dal concambio il massimo vantaggio patrimoniale (ed è questo il presupposto legislativo, per il quale la fissazione del rapporto di cambio è demandata, in ciascuna delle due società, al principio maggioritario). Il conflitto si verificherà allorché taluni soci partecipino ad ambedue le società che si fondono o nel caso di controllo di una società sull'altra: ove quindi il presupposto legislativo non trova riscontro nella realtà c si può realizzare l'abuso. In tali ipotesi, la fattispecie abusiva si caratterizza per l'esistenza di un interesse particolare estraneo all'interesse sociale in conflitto con l'interesse personale degli altri soci.

Per questi casi occorre rilevare che se per la individuazione dell'abuso non sarà necessaria una valutazione di inerito circa l'opportunità della fusione, sarà invece richiesto un giudizio di merito sulla congruità del concambio: posto che il danno degli altri azionisti si concreta precisamente nella sottovalutazione della quota derivante da un rapporto di cambio non conforme all'effettivo rapporto di

valore tra i patrimoni delle due società. In questi confini e purché sia stata accertata l'esistenza del presupposto soggettivo dell'interesse particolare, il principio di correttezza consente al giudice, attraverso l'accertamento del danno degli azionisti di minoranza, un giudizio di merito sull'esercizio della discrezionalità tecnica nella determinazione del rapporto di cambio.

Il principio di correttezza sanziona anche un'altra fattispecie tipica di comportamento abusivo: che si realizza allorché ricorra bensì un conflitto di interessi *ex* art. 2373 c.c., ma ad esso consegua, anziché un pregiudizio al patrimonio sociale, un danno al patrimonio dei soci non destinato all'attività comune. Così quando, nell'ambito dei gruppi, gli utili vengano investiti in nuovi impianti nell'interesse esclusivo di altra impresa del gruppo. O quando la mancata distribuzione dell'utile, conseguente alla formazione di riserve occulte, sia dettata dall'interesse a far scendere il valore delle azioni, inducendo gli azionisti di minoranza a venderle. O ancora nel caso, proposto alla giurisprudenza francese, in cui il socio-amministratore abbia uno specifico interesse ad un vantaggio particolare in una politica di autofinanziamento, dipendendo da questa la sua remunerazione in qualità di amministratore. In tali ipotesi, mentre vi è contrasto tra l'interesse particolare e l'interesse comune alla destinazione, anche periodica, dell'utile ai soci, manca un danno al patrimonio sociale – non è applicabile quindi la norma sul conflitto di interessi – e vi è invece un pregiudizio nel patrimonio personale dei singoli soci.

Il principio non soccorre invece nei casi, nei quali sia in discussione la politica societaria in tema di dividendo. Esso non consente, in altri termini, una valutazione di merito circa la congruenza o il contrasto con il concreto interesse della società di una politica di autofinanziamento o di distribuzione dell'utile ai soci. Altri sono gli strumenti – attinenti, in primo luogo, ai criteri di formazione del bilancio – attraverso i quali incidere, in via legislativa, su tale problematica.

Infine, il principio di correttezza non giova evidentemente là dove la distorsione nel processo deliberativo si realizzi attraverso la utilizzazione di deleghe in bianco rilasciate a banche o alla stessa società. Sono i casi nei quali è valido il monito di chi ha messo in guardia dalla tentazione di trovare, attraverso l'attività ermeneutica, surrogati a riforme legislative: dove «ad evitare l'abuso non è più sufficiente la proibizione di un particolare modo dell'esercizio dei poteri... ma è necessaria una modificazione istituzionale».

8. Più breve è il discorso concernente l'applicazione del principio nelle fasi del procedimento deliberativo diverse dalla manifestazione del voto. Si è già osservato che la normativa di correttezza si specifica in dipendenza della particolare posizione dei soggetti, che operano nel procedimento. Così, con riferimento all'attività degli amministratori nella fase della convocazione, la giurisprudenza francese ha annullato deliberazioni assembleari (e consiliari) per abuso di diritto o eccesso di potere in casi nei quali, pur essendo state rispettate le disposizioni legali sulla

pubblicazione dell'avviso di convocazione, si era omesso di inviare a persone non gradite un avviso individuale, usato abitualmente dalla società, mentre gli altri soci erano stati singolarmente avvisati, ovvero in casi nei quali, sempre per evitare la presenza di talune persone, si era disposta una convocazione a brevissimo termine in rapporto alla residenza oltremare di taluni.

È chiaro che il principio di correttezza, se è operante con riferimento all'attività deliberativa dei soci, lo sarà *a fortiori* anche con riguardo alle fasi del procedimento deliberativo assembleare demandate al comportamento degli amministratori: i quali, per le funzioni loro rimesse, sono vincolati a perseguire un interesse non proprio. Nei loro confronti, anzi, il principio imporrà una piena aderenza del comportamento dovuto allo scopo per il quale esso è richiesto. Se, infatti, per la formazione del giudizio collegiale dei soci vi è un problema di libera determinazione del concreto interesse comune, per il quale si pone l'esigenza – confermata dall'art. 2373 c.c. – di rispettare l'autonomia dell'ordinamento privato, con riferimento agli amministratori tale problema non sussiste, poiché l'attività di questi, pur inerendo al procedimento di formazione della deliberazione, non concorre a determinare il contenuto di essa.

Il comportamento doveroso degli amministratori dovrà pertanto realizzarsi con tutte quelle modalità concrete, che assicurino la piena rispondenza del potere allo scopo per il quale esso è stato loro attribuito: garantendo, in altri termini, l'interesse a che sia offerta a tutto il gruppo sociale analoga concreta possibilità di partecipare con consapevolezza alla formazione delle decisioni comuni.

9. Nella fase della discussione, il principio di correttezza agirà correlativamente sul potere ordinatorio del presidente dell'assemblea e sul diritto di discussione dei soci. I due aspetti sono interdipendenti, in quanto l'esercizio deh potere presidenziale rappresenta bensì manifestazione di un potere-dovere, ma correlativamente incide sul diritto dell'azionista ad esprimere liberamente il proprio convincimento e determinare, attraverso una libera discussione, la decisione comune. Il potere del presidente deve essere quindi valutato, per quanto concerne la repressione dei comportamenti abusivi in seno all'assemblea, non con riferimento al fatto che si tratti di attività doverosa, ma con riguardo alla circostanza che il suo esercizio, realizzandosi nell'ambito dell'ordinamento sociale, limita una posizione giuridica attiva altrui. Non verrà quindi imposto all'azionista – come pure è stato scritto – di operare in funzione sociale. Né si limiterà il diritto di discussione del socio in conflitto di interessi nel caso che questi prospettasse agli altri soci gli aspetti positivi dell'affare, al quale egli avesse personale interesse. Il presidente che, *ex* art. 2373 non può escludere dal voto l'azionista in conflitto di interessi, tanto meno potrà impedirgli di esprimere liberamente la sua opinione, pretendendo di valutare, con un accertamento sommario e a carattere immediato, l'esistenza dell'interesse particolare dell'azionista.

Il principio di correttezza opererà invece sul diritto di discussione con la stessa tecnica operativa, con la quale esso agisce sulle posizioni giuridiche attive. Esso agirà quindi sulle modalità di esercizio della discussione, vietando quelle forme di essa che siano prive di apprezzabile interesse, secondo i caratteri che un'ordinata discussione ha nella vita dei traffici: vietando, in particolare, quei comportamenti, con i quali venga arrecato pregiudizio ai soci impedendo o rendendo difficile la formazione della decisione e con i quali l'azionista non tenga presente la concorrenza del proprio diritto con i diritti di tutti gli altri soci. Correlativa estensione avranno i poteri ordinatori del presidente dell'assemblea.

10. Dalla descrizione sin qui compiuta di talune fattispecie tipicamente ricorrenti appare chiaro che l'accoglimento di un principio di correttezza nell'ordinamento societario comporta l'adesione a un diverso indirizzo rispetto a quello considerato all'inizio – e spesso fatto proprio dalla giurisprudenza italiana – che vincola il socio al perseguimento dell'interesse comune. In attesa del mutamento legislativo, che con specifiche fattispecie disciplini i casi tipici di abuso, attraverso la consapevole opera valutativa dell'interprete e portando alla più ampia espansione uno dei principi generali emergenti nel sistema del diritto privato si può realizzare una sia pur parziale tutela dall'abuso a garanzia del carattere paritario dell'ordinamento sociale e nel rispetto della sua autonomia.

Spunti critici in tema di correttezza, buona fede e principio di collaborazione nelle società per azioni (*)

Sommario: 1. Le tesi che postulano l'applicazione alle società per azioni dei canoni della correttezza nei rapporti obbligatori e della buona fede contrattuale. – 2. L'applicazione del criterio della correttezza nei rapporti obbligatori ai fini della determinazione del dividendo. Inidoneità del criterio per la soluzione del problema. – 3. L'applicazione del canone della buona fede contrattuale al fine di garantire il collegamento teleologico dell'atto alle finalità contrattuali. Inidoneità del criterio per la soluzione del problema dell'abuso del voto. – 4. La tesi che qualifica il voto come prestazione contrattuale sottoposta al canone della buona fede. Collegamento con l'affermazione di un principio di collaborazione fra i soci. Inaccettabilità della tesi. – 5. La non configurabilità di un principio di collaborazione fra gli azionisti. Il principio nella vigenza del codice di commercio. Gli elementi del contratto di società ex art. 2247 c.c. – 6. Inattendibilità della costruzione di un principio di collaborazione sulla base delle caratteristiche generali dei contratti con comunione di scopo. – 7. Esigenza di ricercare nella disciplina delle società di capitali il criterio direttivo per la determinazione del limite all'agire dei soci. Incidenza dell'art. 2373 c.c. sul conflitto di interessi del socio.

1. Le tesi che postulano l'applicazione alle società per azioni dei canoni della correttezza nei rapporti obbligatori e della buona fede contrattuale

Nel quadro di un più ampio orientamento, che si è andato diffondendo nella recente dottrina e tendente a porre in luce il valore normativo del principio di solidarietà nella disciplina del codice civile, anche con riferimento alle società per azioni è stato proposto di affidare la repressione dei comportamenti abusivi dei soci ai generali canoni della correttezza e della buona fede, che, per espressa previsione legislativa, operano in tutta la materia delle obbligazioni e dei contratti.

Autorevole dottrina ha così richiamato l'art. 1175 c.c., offrendo lo strumento della correttezza ai fini della determinazione, in particolare, del dividendo spettan-

(*) Estratto da *Rendiconti*, 1970, pp. 107-129.

te all'azionista ([1]). Da altri, per la soluzione dello stesso quesito, si è preferito applicare il canone della buona fede contrattuale (art. 1375 c.c.) ([2]), Si è anche sostenuto che il diritto di informazione dell'azionista trova un limite nei due principi della correttezza e della buona fede ([3]). Estendendo il campo di applicazione del criterio, si è affermato anzi che la buona fede pone un limite generale all'esercizio del voto ([4]) e sanziona tutti i comportamenti abusivi realizzati nell'esecuzione del contratto sociale ([5]). Il canone della buona fede è stato anche coordinato, al fine di rafforzarne la portata operativa, ad un principio generale di collaborazione fra i soci, al quale l'attività di questi deve essere ispirata e che si riflette sulle modalità di esercizio del voto ([6]).

Malgrado il comune riferirsi ai principi di solidarietà, le varie tesi non possono essere identificate. Esse si appoggiano a dati normativi di rilevanza diversa ed hanno anche diversa portata pratica. Vi è però un elemento, che costituisce il comune fondamento di tutte le impostazioni e la cui attendibilità dovrà essere qui specificamente controllata: la convinzione che la tecnica operativa della correttezza e della buona fede disciplinate nell'ambito del diritto delle obbligazioni e dei contratti possa essere utilmente applicata anche per la soluzione dei problemi delle società di capitali. Tale implicito presupposto verrà contestato nel corso dell'indagine: ove si cercherà di dimostrare che i problemi dei comportamenti abusivi dei soci nelle società per azioni richiedono strumenti più adeguati e specifici di quelli offerti dai generali canoni della correttezza nell'adempimento dei rapporti obbligatori o della buona fede nell'esecuzione dei contratti.

([1]) ASQUINI, *I battelli del Reno*, in "Riv. soc.", 1959, 628-630.

([2]) FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in "Riv. dir. comm.", 1963, I, 412-413; FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, 4ª ed., Milano, 1962, p. 517; RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1964, p. 222. Per SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Milano, 1961, p. 375, i principi della correttezza e della buona fede sono applicabili per la determinazione dell'interesse sociale, al cui perseguimento la maggioranza sarebbe vincolata nel deliberare sulla distribuzione degli utili.

([3]) FOSCHINI, *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Milano, 1959, pp. 222-227.

([4]) FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, *cit.*, pp. 414-415; JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 193; RIVOLTA, *op cit.*, *loc. cit.*

([5]) FERRARA jr., *op. cit.*, *loc. cit.*

([6]) JAEGER, *op. cit.*, p. 188 ss.; v. anche RIVOLTA, *op. cit.*, p. 246.

2. L'applicazione del criterio della correttezza nei rapporti obbligatori ai fini della determinazione del dividendo. Inidoneità del criterio per la soluzione del problema

Si è appena ricordato che il principio di correttezza presiederebbe, secondo un'autorevole dottrina, alla determinazione del dividendo: più esattamente, all'adempimento dell'obbligo al dividendo gravante sulla società (o, in prospettiva contrattualistica, sugli altri soci). Nel caso in cui il diritto dell'azionista non venisse riconosciuto, con le deliberazioni assembleari di accertamento e di ripartizione dell'utile, in misura conforme ad un equo contemperamento tra l'interesse del socio e quello della società, si avrebbe una violazione del principio di correttezza e conseguentemente una lesione del diritto individuale al dividendo: la deliberazione sarebbe impugnabile ex art. 2377 c.c. ([7]).

La tesi è fondata su due presupposti: che sussista, in primo luogo, un diritto dell'azionista al dividendo, inteso come diritto individuale di partecipazione agli utili di esercizio e sancito dall'art. 2350 c.c. ([8]); che la correttezza, in secondo luogo, sia idonea a svolgere la funzione di determinare il contenuto concreto di tale diritto, stabilendo un equo contemperamento fra l'interesse del socio e quello della società. Si precisa però che. l'art. 1175 c.c. non è direttamente operante nei confronti dei rapporti di partecipazione, ma è ad essi applicabile solo in via estensiva, come espressione di un principio generale ([9]).

Le critiche, che sono state rivolte a tale orientamento, non sembrano decisive. Così al rilievo che l'art. 1175 c.c. dovrebbe ormai considerarsi privo di significato normativo con l'abrogazione della parte della disposizione, che indicava nei principi della solidarietà corporativa il metro per giudicare il comportamento secondo correttezza ([10]), si è esattamente replicato che l'abrogazione parziale (art. 3 d.l.l. 14 settembre 1944, n. 287) conferma che l'elemento centrale della disposizione era costituito dalla correttezza, non dal riferimento alla solidarietà corporativa ([11]).

([7]) ASQUINI, *op. cit.*, *toc. cit.*

([8]) ASQUINI, *op. cit.*, in "Riv. soc.", 1959, 629 («il rapporto tra la società e il socio, si riconosca ad esso natura contrattuale o istituzionale, comprende certamente il diritto del socio al dividendo (art. 2350) e si tratta solo di specificarne il contenuto rispetto all'interesse sociale»). Se si tiene presente tale precisazione fornita dalla dottrina esaminata, non appare decisiva la critica svolta da BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, p. 272, il quale, nel presupposto che, secondo Asquini, lo stesso diritto del socio al dividendo si fondi sull'art. 1175 c.c., esattamente rileva l'inidoneità di tale norma a giustificare il diritto.

([9]) ASQUINI, *op. cit.*, in "Riv. soc.", 1959, 628.

([10]) FERRI, *op. cit.*, in "Riv. dir. comm.", 1963, I, 412.

([11]) RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.* in "Banca, Borsa", 1965, I, 155-156; *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 127; NATOLI, *L'attuazione del*

Pur venuto meno il termine della *relatio*, cui far capo per determinare, in concreto, i comportamenti conformi a correttezza, considerato che la funzione cardinale dell'art. 1175 è quella di consentire, nel caso concreto, il collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti etico-sociali dell'ordinamento ([12]), resta possibile caratterizzare la correttezza sulla base dei nuovi principi, che reggono il nostro ordinamento ([13]).

La seconda critica si svolge specificamente alla postulata configurazione di un diritto al dividendo anteriormente alle deliberazioni assembleari. Si è negato infatti che, prima delle deliberazioni di accertamento e di ripartizione degli utili, già sussista un rapporto obbligatorio concernente il dividendo. Per conseguenza, apparirebbe radicalmente inapplicabile il canone della correttezza che presiede all'adempimento dei rapporti obbligatori ([14]). Né varrebbe replicare – come è stato fatto, nella previsione di tale obiezione – che, dovendosi riconoscere le peculiarità dei rapporti di partecipazione rispetto ai rapporti di credito, l'art. 1175 c.c. non sarebbe applicabile direttamente, ma solo in via di interpretazione estensiva ([15]). Il riconoscimento di un'autonoma individualità al diritto al dividendo resta infatti presupposto essenziale della concezione esaminata, posto che in essa la correttezza non agisce sull'esecuzione del rapporto di partecipazione nel suo complesso, ma incide specificamente sul diritto al dividendo non deliberato. Se non fosse configurabile tale autonoma posizione soggettiva, anche la correttezza non avrebbe modo di operare nel senso ritenuto di stabilire un equo contemperamento fra gli interessi contrapposti relativamente all'attribuzione del dividendo.

Va però rilevato che, pur ove, con la dottrina esaminata, si negasse l'esistenza di un diritto degli azionisti, alla chiusura di ogni esercizio sociale, a tutto l'utile conseguito dalla società al netto delle detrazioni di legge ([16]), non conseguirebbero da ciò l'esclusione di qualsiasi autonoma posizione giuridica dei soci relativamente agli utili e quindi l'inoperatività del canone della correttezza. Resterebbe infatti la possibilità di dimostrare una più limitata rilevanza giuridica dell'aspettativa all'utile anteriormente alle deliberazioni assembleari e di configurare quindi la posizione dei soci come diritto al diritto o diritto eventuale o, più esattamente, come un'aspettativa giuridica, destinata a convertirsi in diritto soggettivo con le deliberazioni assembleari e sulla cui realizzazione il profilo della correttezza potrebbe avere incidenza ([17]).

---

rapporto obbligatorio, I, 2ª ed., Milano, 1966, p. 34; v. anche PASTERIS, *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*, Milano, 1962, pp. 2-4.

([12]) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *cit.*, p. 37.

([13]) RODOTÀ, *Il principio di correttezza*, in "Banca, borsa", 1965, I, 158.

([14]) RIVOLTA, *op. cit.*, p. 222.

([15]) ASQUINI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

([16]) ASQUINI, *op. cit.*, in "Riv. soc.", 1969, 627.

([17]) La configurazione del diritto al dividendo come diritto eventuale è accolta da PETTITI, *Con-*

Altra è, a mio avviso, la ragione, per la quale l'autorevole opinione esaminata non può essere accolta. Se si esclude un diritto dei soci a tutto l'utile distribuibile (ove un tale diritto fosse affermato, sarebbe, per altro verso, inutile il ricorso al canone della correttezza nella determinazione del dividendo, che sarebbe affidato ad un accertamento meramente tecnico-contabile), anteriormente alle deliberazioni assembleari il rapporto giuridico relativo all'utile, comunque venga configurato, non contiene ancora una concreta e definitiva composizione degli interessi reciproci. Tale composizione verrà realizzata dalle deliberazioni, il cui contenuto dovrebbe essere determinato precisamente dalla correttezza. Questa costituisce, in tale prospettiva, il metro per la composizione del conflitto di interessi attinente all'esistenza e all'entità della prestazione pecuniaria (del dividendo) e presiede alla trasformazione del preesistente rapporto giuridico nel diritto ad una prestazione. Ciò è avvertito dalla dottrina considerata: che infatti affida al criterio della correttezza il compito di realizzare un equo contemperamento fra l'interesse del socio e quello della società, con ciò stesso riconoscendo non ancora avvenuta la composizione dei reciproci interessi relativi al dividendo ([18]).

Ma il canone della correttezza non è idoneo a fornire un criterio per siffatta composizione. Nella previsione dell'art. 1175 c.c. il metro della correttezza attiene all'attività esecutiva del rapporto giuridico. Esso ha la finalità di determinare attraverso quali concrete modalità dei comportamenti reciproci, non prevedibili e non individuabili al momento della costituzione del rapporto, il rapporto obbligatorio debba trovare attuazione ([19]). Esso non realizza nuove composizioni di interessi primari, come tali esulanti dall'adempimento del rapporto giuridico. Analogamente alla buona fede contrattuale, il canone della correttezza ha bensì una funzione integrativa del rapporto giuridico ([20]), determinando la composizione di

---

tributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo, Milano, 1957, p. 155 (che pure ritiene spettare agli azionisti tutto l'utile realizzato, salvo quanto strettamente necessario alla conservazione dell'impresa sociale e al netto delle detrazioni di legge). Per un esame critico delle diverse accezioni, nelle quali è stata assunta l'espressione *diritto eventuale*, mi permetto rinviare al mio *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 201, nota 75, ove citazioni. *Ivi* p. 196 ss. è anche un'ampia analisi delle caratteristiche generali dell'aspettativa giuridica. In senso contrario all'uso di quest'ultima nozione, con specifico riferimento agli utili, RIVOLTA, *op. cit.*, p, 110 ss., il quale rileva che resta imprecisato l'evento, che determinerebbe la conversione dell'aspettativa in diritto soggettivo.

([18]) Cfr. OPPO, *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, in "Riv. soc.", 1966, 1240: «In definitiva, la tutela dell'interesse del singolo al dividendo postula non una mera regola procedimentale e neanche un mero canone di coerenza a *un* interesse, ma un principio di conciliazione o di equo contemperamento *tra* interessi la cui applicazione concreta richiede a sua volta un controllo delle concrete esigenze degli interessi da comporre».

([19]) Per una più ampia considerazione rinvio al mio volume *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, in corso di pubblicazione, partic., al cap. VI, n. 6.

([20]) Cfr. con particolare riferimento alla buona fede, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*,

conflitti secondari e strumentali alla migliore realizzazione delle finalità, per le quali il rapporto è costituito; non realizza invece nuove composizioni di interessi primari, come tali esulanti dall'adempimento del rapporto giuridico ([21]).

Appare allora chiaro che quando, con riferimento alla ripartizione dell'utile, si identifica il criterio della correttezza nell'equo contemperamento degli interessi contrapposti del debitore e del creditore, il metro indicato viene, in effetti, risolto nel canone dell'equità. Si scrive semplicemente che gli interessi reciproci del socio e della società dovranno trovare equa composizione. Si riconosce che deve ancora verificarsi la composizione degli interessi contrapposti, da cui nascerà il diritto soggettivo; si affida tale conciliazione ad un criterio di giustizia del caso singolo, la cui determinazione viene demandata alle deliberazioni assembleari e, in ultima istanza, al giudice. In aderenza alla più ampia funzione integrativa propria dell'equità, viene così consentita al magistrato la valutazione di tutte le circostanze concrete al fine di comporre un conflitto primario di interessi ([22]).

---

vol. I, Milano, 1953, p. 95 ss.; CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di')*, in "Encicl. dir.", vol. X, Milano, 1962, p. 711; STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in "Riv. dir. comm.", 1964, I, 176; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, *cit.*, p. 175 ss.; di MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 409 ss. (in critica al contrario orientamento di NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *cit.*, I, p. 10 ss.); BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 88 ss.; GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, *cit.*, p. 189, nota 43, ove ulteriori citazioni; nella dottrina tedesca cfr. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 B.G.B.*, Tübingen, 1956, p. 22 ss. e 47; SIEBERT, *Treu und Glauben*, estr. da SOERGEL-SIEBERT, *Kommentar zum B.G.B.*, 9ª ed., Stuttgart, 1959, A III, p. 18 ss.; WEBER, § *242 B.G.B.*, in "Staudingers Kommentar zum B.G.B.", vol. II, P. I b, A 117 ss., Berlin, 1961, p. 51 ss.; ESSER, *Schuldrecht*, 2ª ed., Karlsruhe, 1960, § 31, 1, p. 100; ENNECCERUS-LEHMANN, *Becht der Schuldverhältnisse*, in ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rehts*, 15ª ed., Tübingen, 1958, § 4, pp. 19-22; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 5ª ed., vol. I, München-Berlin, 1962, § 10, p. 100 ss. Nella dottrina francese, cfr. ESMEIN, in PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, vol. VI, P. I, 2ª ed., Paris, 1952, n. 492, p. 666.

Si è rilevato che la disciplina vigente considera la buona fede esclusivamente come regola di specificazione del contenuto di un rapporto obbligatorio (MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in "Riv. soc.", 1956,. 459). L'osservazione può essere accolta nel senso che la buona fede non è idonea a creare autonomi diritti, satisfattivi di interessi primari non regolati nel rapporto giuridico, non nel senso che la specificazione del contenuto non possa avvenire attraverso un'integrazione di obblighi strumentali non predeterminabili al momento della costituzione del rapporto.

([21]) V., sempre con specifico riferimento alla buona fede, l'ampia descrizione di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, cit., pp. 94-106 e di DI MAIO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, *cit.*, pp. 407-426. Cfr. nella stessa dottrina tedesca, la quale più ampiamente estende il principio di buona fede, SIEBERT, *Treu und Glauben*, *cit.*, pp. 18 ss. e 30 ss.

([22]) In merito alla diversa tecnica operativa dell'equità e della buona fede cfr. l'ammonimento di ESSER, § *242 B.G.B. und die Privatautonomie*, in "Juristenzeitung", 1956, 557; v. anche DI MAJO GIAQUINTO, *op. cit.*, pp. 394-396; SIEBBRT, op. *cit.*, A I 4, p. 10; WEBER, *op. cit.*, A 135 ss., pp. 60-61; LARENZ, *Lehrbuch des Sehuldrechts*, vol. I, cit., § 20, III, pp. 235-236.

Ora, se è vero che correttezza ed equità hanno un comune punto di riferimento nel richiamo alle circostanze concrete esistenti al momento dello svolgimento del rapporto, la correttezza ha però un ruolo integrativo più ristretto di quello assegnato all'equità, nei casi in cui questa sia giuridicamente rilevante. L'equità rappresenta un criterio di giudizio discrezionale e cioè di sostanziale composizione di conflitti, tale da comportare anche la nascita di obblighi fondamentali per l'una o per l'altra parte, e richiede quindi la piena valutazione di tutti gli elementi concorrenti a determinare le ragioni concrete per la soluzione del conflitto ([23]). La correttezza ex art. 1175 c.c. opera invece ai fini dell'adempimento, incidendo su un rapporto già determinato nei suoi elementi fondamentali e di cui debba solo essere giudicata l'integrale esecuzione, in piena adesione alle legittime aspettative dell'altra parte.

Passando ad una specifica considerazione dell'ordinamento societario, i rilievi sin qui svolti conducono ad escludere che il controllo giurisdizionale circa il comportamento delle parti secondo correttezza possa accertare l'equità della composizione di interessi realizzata dall'assemblea, così inevitabilmente comportando un pieno riesame del merito in relazione a conflitti di interessi primari. Il canone della correttezza indicato nell'art. 1175 c.c., pur se esteso dai rapporti obbligatori ai rapporti di partecipazione, non è idoneo a fornire i criteri tecnico-giuridici, che presiedono all'accertamento dell'utile e alla sua distribuzione ([24]); più in generale, non offre criteri di valutazione del giudizio deferito dalla legge ai soci.

Da ciò non può ancora dedursi che un principio di correttezza non possa essere operante nell'ambito dell'ordinamento societario. Tale principio non potrà essere però individuato sulla base di un semplice richiamo, sia pure per via di interpretazione estensiva, all'art. 1175 c.c., né potrà operare nell'ampio senso postulato dal-

---

([23]) Sul significato dell'equità la letteratura è, come è noto, vastissima. Qui basterà ricordare le più recenti indagini di RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, *cit.*, p. 205 ss. (per il quale l'equità è un criterio di giudizio, che «si concreta nell'attribuzione al giudice di un potere discrezionale»: p. 225); FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in "Encicl. del dir.", vol. XV, Milano, 1966, p. 69 ss. (p. 82: «L'equità è un criterio di giudizio, che si porta sulla regolamentazione di un fatto concreto»); ROMANO Salv., voce *Equità (dir. priv.)*, *ivi*, p. 83 ss. (p. 87: «Quando l'equità richiede una data decisione, in effetti non si fa altro che esprimere un giudizio sul come debba essere regolato un rapporto»); NASI, voce *Equità (giudizio di)*, *ivi*, p. 107 ss. (p. 145: «il giudizio d'equità si rivela essere nient'altro che un oggettivo giudizio di diritto in cui l'astratta portata della norma si specifica più analiticamente in relazione al caso concreto»); FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 323 ss. (il quale ritiene che l'equità rappresenti un criterio di ordine tecnico, che dovrà essere desunto dal caso concreto); DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, *cit.*, p. 394 (il quale aderisce alla concezione, che riconosce l'equità «come fattore del regolamento giuridico»). V. anche l'ampia revisione critica di DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959.

([24]) Cfr. in prospettiva *de iure condendo*, GRECO, *Considerazioni generali sulla riforma delle società per azioni*, in "Riv. soc.", 1966, 266.

la dottrina considerata. L'applicazione del principio nelle società di capitali richiederà invece una precisa determinazione del suo fondamento specifico, dei suoi caratteri differenziali e della sua diversa tecnica operativa rispetto al criterio della correttezza nell'adempimento dei rapporti obbligatori.

3. L'applicazione del canone della buona fede contrattuale al fine di garantire il collegamento teleologico dell'atto alle finalità contrattuali. Inidoneità del criterio per la soluzione del problema dell'abuso del voto

Anche il canone della buona fede contrattuale – similmente al criterio della correttezza – crea obblighi strumentali alla migliore attuazione del disposto regolamento di interessi, determinando le modalità dei comportamenti reciproci in dipendenza delle circostanze concrete, nelle quali il rapporto giuridico si realizza. Anch'esso è inidoneo a risolvere conflitti di interessi di carattere primario e quindi a creare nuove posizioni giuridiche a tutela di quegli interessi ([25]).

La dottrina, che, con riferimento al dividendo, ha richiamato il canone della buona fede, ha peraltro tenuto ben presente tale tecnica operativa del criterio adottato. Si è così escluso che il canone possa indicare gli elementi concreti di giudizio per la fissazione del contenuto della deliberazione ([26]). Esso, in tale prospettiva, pone solo un limite al voto: esigendo, in conformità a quanto si verifica per tutti i contratti, una piena aderenza dell'attività esecutiva, che si svolge nel rapporto sociale, alla funzione contrattuale ([27]). Libera la valutazione concreta, purché l'atto si ponga in funzione degli scopi per i quali il contratto è stato stipulato e sia aderente alla funzione che, nell'ambito del fenomeno di cooperazione prescelto, l'atto è chiamato ad adempiere ([28]). Si sono anzi indicati taluni criteri operativi, non lontani da quelli propri dell'eccesso di potere e consistenti – a quanto è desumibile dagli esempi fatti – nella contrarietà alla prassi, nell'assoluta carenza di interesse sociale, in un fine extrasociale e nel contrasto con sentenza dell'autorità giudiziaria ([29]).

Senza per ora esaminare analiticamente tali indici tipici, interessa qui soffermarsi sulla prospettiva generale, che si richiama al canone della buona fede con-

---

([25]) Cfr. la dottrina citata dietro alle note ([20] e [21]).

([26]) FERRI, *Diritto agli utili*, *cit.*, in "Riv. dir. comm.", 1963, I, 409-413.

([27]) FERRI, *op. cit.*, in ''Riv. dir. comm.", 1963, I, 413; cfr. RIVOLTA, *op. cit.*, pp. 222 e 246; JAEGER, *op. cit.*, p. 193.

([28]) Testualmente, FERRI, *op. cit.*, *loc. cit.*

([29]) FERRI, *op. cit.*, in "Riv. dir. comm", 1963, I, 414.

trattuale per la soluzione del problema dei comportamenti abusivi nelle società per azioni. Tale orientamento, in sintesi, configura la buona fede contrattuale come un criterio che impone un costante adeguamento del rapporto, nel suo concreto divenire, alla funzione negoziale, applica il canone al rapporto societario e dichiara la violazione del principio nel caso di perseguimento di una finalità extrasociale o di deliberazione presa nell'assoluta mancanza di un interesse sociale. La buona fede garantisce così il collegamento teleologico dell'atto concreto alle finalità contrattuali.

Occorre ancora avvertire che il canone della buona fede contrattuale inciderebbe, nel caso, non sull'adempimento di una posizione giuridica passiva, ma sull'esercizio di un diritto soggettivo (contrattuale), quale è considerato il voto ([30]). Proprio dall'accoglimento di tale prospettiva si è da altri dedotto che il principio di buona fede non potrebbe essere operante: in quanto questo non rappresenta un criterio generale di delimitazione del contenuto dei diritti soggettivi e presuppone invece, per agire, l'esistenza di un obbligo contrattuale di prestazione ([31]). La critica non può però essere accettata. Se è vero che la buona fede contrattuale non costituisce una clausola generale operante in tutte le posizioni giuridiche attive anche di fonte non contrattuale, tuttavia essa, nei rapporti contrattuali, investe l'intera sfera esecutiva del contratto, abbracciando il comportamento di tutti i contraenti (art. 1375 c.c.). Non vi è alcun indice testuale, dal quale possa derivarsi che, contro il disposto dell'art. 1375, anche l'esercizio dei diritti contrattuali non sia assoggettato al criterio della buona fede ([32]).

([30]) Espressamente, v. FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, *cit.*, pp. 414-415. Il criterio limita la libertà di determinazione dell'assemblea nell'orientamento di FERRI, *op. cit.*, in "Riv. dir. comm.", 1963, I, 411-412; cfr. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 222.

([31]) MENGONI, *Appunti*, *cit.*, in "Riv. soc.", 1956, 459. L'osservazione è accolta da JAEGER, *op. cit.*, p. 193, il quale peraltro, al fine di applicare ugualmente il criterio della buona fede, rovescia l'usuale qualificazione del voto, che considera come prestazione e cioè comportamento doveroso: v. avanti, al n. 4.

([32]) Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, cit., p. 90 ss.; CARRARO, *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in "Scritti giur. in onore di F. CARNELUTTI", vol. III, Padova, 1950, pp. 441 e 443; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pp. 7-8; STOLFI, *Il principio di buona fede*, *cit.*, in "Riv. dir. comm.", 1964, I, 166; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 92-96; *Le fonti di integrazione del contratto*, *cit.*, pp. 135-137; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, 2ª ed., Milano, 1948, pp. 10-13; MESSINEO, *Contratto*, estr. "Encicl. dir.", Milano, 1961, n. 101, p. 175; DI MAJO GIAQUINTO,. *L'esecuzione del contratto*, *cit.*, p. 370; BRECCIA, *Diligenza e. buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, *cit.*, pp. 41 e 149 ss.; FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, *cit.*, p. 415; RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, *cit.*, p. 222, nota 73.

Si confronti anche l'unanime dottrina tedesca, che pure è in presenza del § 242 B.G.B., nel quale, sotto il profilo letterale, diversamente che nella disciplina italiana viene assoggettato al criterio della buona fede il solo debitore («Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie

Nella radicale negazione testé respinta vi è tuttavia un'esatta percezione. Deve essere infatti, a mio avviso, posto in luce che il canone della buona fede non opera allo stesso modo con riferimento ai diritti contrattuali o alle posizioni giuridiche passive, per le quali esso viene abitualmente considerato. Se non è esatto che sui diritti il canone non agisca, è però vero che esso ha, su questi, una minore rilevanza, a causa delle caratteristiche stesse del diritto soggettivo. Questo infatti è ordinato alla soddisfazione dell'interesse personale del suo titolare. La buona fede non può esigere quindi la posposizione dell'interesse del titolare del diritto alle esigenze altrui ([33]). Così il solo fatto che l'esercizio del diritto danneggi l'altro contraente non comporta, violazione del principio di buona fede ([34]); né il soggetto attivo del rapporto è obbligato a cooperare con l'altra parte rinunciando alla soddisfazione del proprio interesse. Al contrario, nelle posizioni giuridiche passive, la buona fede impone la piena realizzazione dell'interesse altrui dedotto in contratto, anche al di là degli obblighi specificamente previsti. Essa ha lo scopo di garantire l'integrale soddisfazione dell'altrui interesse, al quale la posizione passiva è specificamente preordinata.

Si scorge allora come la tesi esaminata rinvii in effetti, al di là della disciplina della buona fede contrattuale, alle caratteristiche tipiche dell'ordinamento societario. Per affermare che il voto deve essere esercitato in collegamento teleologico con i fini sociali, occorre che esso possa essere configurato come una posizione giuridica attribuita a tutela anche dell'altrui interesse, almeno nella figura mista del *droit-fonction*, ben nota alla dottrina che postulava l'estensione dell'istituto dell'eccesso di potere al diritto societario ([35]). Occorre cioè dimostrare che l'art.

Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern»): SIEBERT, *Treu und Glauben*, cit., n. 24 ss. e 110 ss. (pp. 18 ss. e 42 ss.); WEBER, § *242*, *cit.*, A 108, p. 47; WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 B.G.B.*, *cit.*, p. 24 ss.; ESSER, § *242 B.G.B. und die Privatautonomie*, *cit.*, in "Juristenzeitung", 1956, 557; LABENZ, *Lehrbuch des Schulärechts*, *cit.*, § 10, pp. 100 e 103 ss.; ENNECCERUS-LEHMANN, *Becht der Schuldverhältnisse*, *cit.*, § 4, p. 17 ss.

All'origine della tesi non accolta nel testo sembra esservi una implicita estensione ai rapporti obbligatori di una situazione peculiare ai diritti reali. La inapplicabilità del limite della buona fede al diritto soggettivo potrebbe giustificarsi, in base ai dati normativi, per l'istituto della proprietà, dove opera la più circoscritta norma relativa agli atti emulativi (ma v. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in "Riv. dir. civ.", 1959, I, 498-499; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, *cit.*, p. 90 ss.; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in "Riv. trini, dir. proc. civ.", 1958, 26, nota ([19])). E potrà rilevarsi che la disciplina espressamente prevista nel codice vigente è più ristretta di quella generalissima contemplata nell'art. 2 cod. civ. svizzero, che investe tutti i diritti soggettivi (MENGONI, *Appunti*, *cit.*, in "Riv. soc.", 1956, 459; cfr. JAEGER, *L'interesse sociale*, *cit.*, p. 194, nota ([24])). Da tale osservazione non potrebbe peraltro dedursi che il canone della buona fede trova applicazione solo là dove vi è un obbligo di prestazione.

([33]) SIEBERT, *Treu und Glauben*, *cit.*, n. III, p. 43.

([34]) SIEBERT, *op. cit.*, *loe. cit.*

([35]) V., in particolare, sul voto come potere funzionale, CABNELUTTI, *Eccesso di potere nelle de-*

2247 c.c. o altra norma societaria imponga ai soci, nell'attività deliberativa delle società di capitali, il perseguimento del risultato comune, avendo così il legislatore rinunciato al criterio liberale classico, pei' il quale il raggiungimento delle finalità comuni è meglio assicurato dalla libera manifestazione degli interessi e moventi individuali, che si compongono con il dibattito e con l'applicazione del principio maggioritario ([36]). Ma ove fosse dimostrato che l'attività dei soci è giuridicamente ordinata alla realizzazione dello scopo comune o trova in questo un limite giuridico, si dimostrerebbe con ciò stesso, sul piano strutturale, l'esistenza di un vincolo giuridico a carico dei soci, che assicurerebbe il collegamento teleologico del voto con le finalità contrattuali. Si renderebbe quindi inutile, a quel fine, il ricorso alla buona fede contrattuale: questa non potrebbe svolgere che la funzione, ad essa propria, di determinare le modalità concrete dei comportamenti dovuti, con la fissazione di obblighi secondari e strumentali al pieno adempimento di quel vincolo.

4. La tesi che qualifica il voto come prestazione contrattuale sottoposta al canone della buona fede. Collegamento con l'affermazione di un principio di collaborazione fra i soci. Inaccettabilità della tesi

Da una recente dottrina è stata intuita la necessità di trovare un appoggio nella categoria del dovere giuridico per fondare un'ampia operatività della buona fede nel procedimento deliberativo assembleare. È stata così proposta la qualificazione del voto del socio come prestazione contrattuale. Il voto rappresenterebbe un comportamento dovuto, che verrebbe quindi sottoposto, come ogni prestazione, al

---

liberazioni dell'assemblea delle anonime, in "Riv. dir. comm.", 1926, I, 179-180; *Tutela penale della minoranza nelle società per azioni*, *cit.*, in "Riv. soc.", 1956, 398-400 (ove riporta il voto alla categoria giuridica della potestà); FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in "Dir. e prat. comm.", 1932, I, 27-35; ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in "Riv. dir. comm.", 1930, I, 737; ora ASQUINI, *I battelli del Reno*, *cit.*, in "Riv. soc.", 1959, 631; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, pp. 242-244 e 269-270 (l'A. ritiene configurabili nel voto «i caratteri del *potere*, quale posizione attiva che, a differenza del puro diritto soggettivo, è attribuita a tutela di un interesse non esclusivamente proprio ma anche altrui, e che implica perciò anche l'elemento di un *dovere*» e correlativamente ritiene sanzionato il vizio del manifesto sviamento o abuso di potere). Cfr., nella dottrina di lingua francese, JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1939, p. 394 ss; DAVID, *In protection des minorités dans les sociétés anonymes*, Paris, 1929, p. 45 ss.; NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, Paris, 1958, p. 151; COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, 2ª ed., Louvain, 1955, pp. 81-83 (che, pur rifiutando la qualificazione del voto come droit-fonction, ritiene che «lorsque la majorité impose sa volonté, elle exerce simultanément une prerogative et une fonction»).

([36]) V. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, *cit.*, al cap. II, n. 2.

canone della buona fede contrattuale ([37]). Il principio di buona fede vieterebbe così il perseguimento di interessi particolari estranei al contratto sociale, tali da danneggiare gli interessi della minoranza.

La tesi viene coordinata all'affermazione, per tutte le società, di un principio di collaborazione fra i soci ([38]): cercando, parallelamente all'applicazione del criterio della buona fede, di trarre dalla natura stessa del contratto di società la rilevanza giuridica dell'interesse sociale. Il comportamento dei singoli soci in seno al gruppo, essendo elemento di un'attività comune, sarebbe infatti ordinato teleologicamente al risultato finale e cioè alla realizzazione dell'interesse comune. A dimostrazione vengono richiamati sia il tenore testuale dell'art. 2247 c.c., che richiede appunto l'esercizio in comune dell'attività e finalizza questa allo scopo lucrativo, sia i caratteri dell'organizzazione e della durata, propri del contratto di società ([39]). Il principio di collaborazione si rifletterebbe, d'altra parte, sul voto, consentendo di qualificare questo come prestazione e garantendo quindi l'azione, nel senso postulato, del criterio della buona fede contrattuale ([40]).

Viene operata così, tramite il principio di collaborazione e il canone della buona fede ex art. 1375 c.c., quella funzionalizzazione del voto all'interesse comune, che costituisce il nucleo – come altrove rilevato ([41]) – della teoria tradizionale dell'eccesso di potere nel diritto societario: sostituendo, in chiave rigidamente contrattualista, alla categoria del potere funzionale quella del comportamento dovuto.

Due rilievi preliminari sono agevolmente proponibili.

In primo luogo, non è dato comprendere, nella dottrina enunciata, come si concili la permanenza della qualificazione del voto come diritto soggettivo ([42]) e quindi posizione giuridica attiva, con l'opposta sua configurazione come prestazione ([43]) e cioè tipica posizione giuridica passiva, diretta a soddisfare un interesse altrui. Il ricorso alla categoria dell'onere, postulato dalla stessa dottrina con rife-

---

([37]) JAEGER, *L'interesse sociale*, *cit.*, p. 193.

([38]) JAEGER, *op. cit.*, p. 188 ss.; cfr. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, *cit.*, pp. 245-247; MICCIO, *Interesse sociale e interesse individuale del socio nelle società di capitali*, in "Giur. compì, casa. civ.", 1953, 4° bim., pp. 94 e 102; un accenno già in AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, p. 57 s. Con particolare riferimento alla posizione di DALMARTELLO, v. avanti al n. 5. Per la dottrina di lingua tedesca v. citazioni in RIVOLTA, *op. cit.*, p. 245, nota ([21]), nonché nel mio *II principio di correttezza*, *cit.*, cap. II, n. 7.

([39]) JAEGER, *op cit.*, pp. 188-191. Ritiene che «nell'ambito del contratto di società al socio non sia lecito comportarsi contro l'interesse comune perché ciò facendo egli violerebbe l'art. 2247 cod. civ.» MICCIO, *Il diritto di opzione nell'aumento di capitale delle società per azioni*, Napoli, 1967, p. 82.

([40]) JAEGER, *op. cit.*, pp. 193-194.

([41]) GAMBINO, *Il principio di correttezza*, *cit.*, al cap. II, n. 2.

([42]) JAEGER, *op. cit.*, pp. 192-193.

([43]) JAEGER, *op. cit.*, p. 193.

rimento sia al voto che al principio di collaborazione ([44]), non serve a risolvere l'indicata antinomia, posto che la caratteristica dell'onere è proprio quella di non costituire oggetto di prestazione (e cioè comportamento dovuto), ma di rappresentare un comportamento libero, che il titolare realizzerà nel proprio interesse, con ciò stesso soddisfacendo anche l'interesse altrui ([45]).

In secondo luogo, una volta dimostrata la rilevanza giuridica del principio di collaborazione, grazie al quale la deliberazione assembleare sarebbe annullabile ove la maggioranza perseguisse interessi estranei alla società, non si comprende il ruolo riservato al concorrente canone della buona fede contrattuale ([46]).

Con particolare riguardo all'applicazione dell'art. 1375 c.c., la tesi si presta inoltre a un'ulteriore osservazione. Se la concezione dianzi esaminata, per la quale la buona fede contrattuale incide su un diritto soggettivo, dà un credito eccessivo all'operatività del canone della buona fede sulle posizioni contrattuali attive, qui, inversamente, non è possibile limitare, come pur si vorrebbe, la rilevanza giuridica del principio a un semplice divieto di perseguire, a danno della minoranza, interessi particolari, estranei al contratto sociale ([47]). Il criterio della buona fede,

---

([44]) JEAGER, *op. cit.*, pp. 190 e 193.

([45]) V. limpidamente, sulle caratteristiche generali dell'onere, ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *15ª* ed., in ENNECCERUS-KIPP-WOLFE, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, Tübingen, 1959, § 74, IV, p. 444; cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, 1951, p. 172 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, p. 74; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Milano, 1952, p. 112; DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Milano, 1954, pp. 387-388; v. anche PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, sez. I, Milano, 1943, p. 247; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, pp. 46-5.0.

La costruzione di Jaeger, descritta nel testo, va probabilmente intesa nel senso che il voto rappresenterebbe un dovere giuridico (l'onere rientra, come è noto, nella categoria del dovere giuridico), che il socio deve porre in essere con le modalità indicate dal principio di collaborazione se vuole evitare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'annullamento della deliberazione. Il concetto di onere viene però così inteso in senso atecnico (cfr. lo stesso JAEGER, *op. cit.*, p. 190). L'annullamento della deliberazione non conseguirebbe infatti inevitabilmente alla violazione del principio di collaborazione da parte del socio, essendo necessario non solo l'esperimento dell'azione di impugnativa, ma che la violazione sia stata posta in essere dalla maggioranza assembleare. Inoltre l'annullamento opera non solo nei confronti dei soci, che abbiano violato il principio, ma di tutto il gruppo sociale (art. 2377, 3° co. c.c.). In altri termini, nell'ambito dell'organizzazione societaria, all'esercizio del voto in violazione dell'affermato principio non consegue alcuna immediata conseguenza pregiudizievole per il titolare del potere, come la nozione di onere richiederebbe.

([46]) Cfr. BUTTARO, *Recens.*, in "Banca, borsa", 1965, I, 585, con particolare riferimento al parallelo ricorso, operato da JAEGER *(op. cit.*, p. 194 ss.) alla tesi della illiceità del motivo.

([47]) JAEGER, *op. cit.*, pp. 191-192. Ma v. la diversa posizione implicitamente assunta dall'A. alla stessa p. 191, allorché si afferma che la volontà della maggioranza può considerarsi espressione della volontà sociale solo se l'attività comune si ponga in rapporto strumentale con l'interesse lucrativo («Si è detto che il principio di collaborazione trova fondamento nel rapporto di strumentalità fra

operando con riferimento all'adempimento di una prestazione, esigerebbe la piena soddisfazione dell'interesse negoziale e imporrebbe quindi – come nelle posizioni passive di tutti i rapporti contrattuali – una positiva cooperazione per il conseguimento del risultato contrattuale.

In altri termini, ove si richiami il generale canone della buona fede nell'esecuzione dei contratti (art. 1375 c.c.), non sembra potersi sfuggire all'alternativa: o il criterio agisce su un diritto contrattuale ed allora esso è insufficiente per la risoluzione del problema dei comportamenti abusivi dei soci, dato che, in tal caso, il canone non impedisce il perseguimento dell'interesse personale; ovvero esso opera su una posizione contrattuale passiva, preordinata alla soddisfazione dell'interesse comune, e allora il canone ha un'incidenza ben maggiore di quella postulata, impegnando all'integrale realizzazione dell'interesse contrattuale. Esso comporterebbe la nascita, a carico dei soci, di tutti gli obblighi strumentali, che meglio garantissero, in dipendenza delle circostanze concrete, il conseguimento di quell'interesse: sino a doversi configurare per i soci, ove le circostanze lo richiedessero, un obbligo di voto. Ma tale più ampia incidenza risulterebbe immediatamente incompatibile con la disciplina vigente nelle società di capitali: in particolare, con la disposizione legislativa sul conflitto di interessi (art. 2373 c.c.), che, in presenza di quel vincolo generale, non avrebbe possibilità di autonoma applicazione ([48]).

Si può, a questo punto, già scorgere che, per uscire dall'alternativa, è necessaria un'autonoma configurazione di un principio di correttezza o di buona fede nelle società di capitali: da fondare sulla specifica disciplina e sulle caratteristiche dell'ordinamento societario, insieme individuando i caratteri differenziali del principio rispetto alla correttezza nei rapporti obbligatori (art. 1175 c.c.) e alla buona lede contrattuale (art. 1375 c.c.). Ed è rilevabile, attraverso un'indagine condotta dall'interno delle posizioni contrattualiste, la piena congruenza di tale conclusione con la prospettiva qui presupposta: che, sottolineando l'autonomia del rapporto societario, nelle società di capitali, rispetto alla sua fonte contrattuale, metta in guardia dall'indiscriminata applicazione all'organizzazione delle società capitalistiche delle norme generali in tema di obbligazioni e di contratti.

---

l'attività economica "comune" e l'interesse solidale dei soci a conseguire, mediante essa, un lucro. A tale rapporto si deve quindi guardare per individuare i limiti del principio stesso. Solo entro questi limiti, ed in rapporto a questo fine cui deve essere diretto l'operato degli organi societari, la volontà della maggioranza può considerarsi espressione della volontà sociale, ed ha, come tale, il potere di vincolare la minoranza dissenziente»): dove sembra esigersi un più penetrante rapporto di congruenza teleologica del comportamento dei soci con l'interesse comune.

([48]) V. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, *cit.*, al cap. II, n. 7 in fine.

5. La non configurabilità di un principio di collaborazione fra gli azionisti. Il principio nella vigenza del codice di commercio. Gli elementi del contratto di società ex art. 2247 c.c.

Pur esclusa la congruità, ai fini della soluzione dei problemi in esame, della disciplina della buona fede contrattuale, le considerazioni sin qui svolte non esimono tuttavia dall'onere di accertare se non sia configurabile, nelle società capitalistiche, un autonomo principio di collaborazione fra i soci ([49]).

Il principio era stato affermato già nel vigore dei codici abrogati. Esso però, nella dottrina che aveva maggiormente approfondito il tema, era ben lungi dall'avere, per le società di capitali, la portata postulata nella letteratura recente. Il principio aveva infatti il suo fulcro nella società civile e nelle società commerciali personali: con riferimento alle quali veniva rilevato che la reciproca scelta personale del socio, come in tutti i contratti basati sull'*intuitus personae*, si fonda sull'aspettativa giuridicamente tutelata di un contributo personale ed infungibile da parte dell'altro socio. Su tale base veniva configurato un diritto ed obbligo di collaborazione dei soci, precisando insieme che tali caratteri della collaborazione erano riscontrabili solo per i soci illimitatamente responsabili ([50]). In tale prospettiva, la collaborazione, intesa come unione di forze intellettuali e volitive, costituisce l'elemento vitale delle società in cui mancano una particolare organizzazione e una specifica costituzione di cariche sociali ([51]). L'obbligo della collaborazione si concretizza, in queste società, in una prestazione determinata solo teleologicamente, per la quale il comportamento del socio deve estendersi a tutto ciò che sia necessario ed opportuno per il raggiungimento del fine comune ([52]). L'istituto dell'esclusione del socio forniva la base normativa per la parificazione dell'obbligo di collaborazione a quello del conferimento ([53]).

È chiaro che tale orientamento, con le addotte giustificazioni normative, non poteva essere immediatamente trasferito alle società di capitali. Per esse infatti si curava di precisare che, se pure un principio di cooperazione deve ritenersi vigen-

---

([49]) V. la dottrina citata dietro, alla nota ([38]); in senso contrario v. GASPERONI, *Le azioni di società*, Padova, 1942, pp. 30-31; BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, vol. II, Milano, 1948, pp. 418 e 428; MINERVINI, *Società per azioni (Rassegna di diritto comparato italo-svizzero)*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", 1950, 236; PAVONE LA ROSA, *Diritto di voto e diritto di annullamento delle deliberazioni assembleari*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", 1953, 916; MENGONI, *Appunti*, *cit.*, in "Riv. soc.", 1956, 459; BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, *cit.*, pp. 190-191.

([50]) DALMARTELLO, *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*, Padova, 1939, pp. 91-92.

([51]) DALMARTELLO, *op. cit.*, pp. 93-94; *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Milano, 1937, pp. 129-130.

([52]) DALMARTELLO, *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*, *cit.*, p. 160.

([53]) DALMARTELLO, *op. ult. cit.*, p. 161.

te, esso non si manifesta, come nelle società di persone, in una prestazione personale diretta a porre la volontà del socio a servizio dell'ente, ma nel dovere minimo e imprescindibile di esprimere la propria volontà in concorso con la volontà degli altri, in modo da creare la volontà unitaria della società ([54]). Ci si limitava, in altri termini, a prendere atto – sulle orme di VIVANTE ([55]) – che la espressione della volontà dei singoli soci è indispensabile per la creazione della volontà sociale e quindi per la vita della società ([56]). Si aggiungeva anzi che l'imposizione ai soci di doveri personali non era necessaria, né coerente con la natura capitalistica della società: onde lo stesso dovere di collaborazione volitiva doveva ritenersi sanzionato solo indirettamente, nel senso di legare il socio, che non avesse espresso la propria volontà, alla decisione dei soci intervenuti ([57]). La portata del principio, così come veniva affermato e giustificato nel vigore dei codici abrogati, era chiaramente non risolutiva del problema qui proposto.

Non appare pertanto possibile appoggiare una soluzione positiva del quesito sulla dottrina formatasi anteriormente al codice civile 1942 in merito al principio di collaborazione. Deve però essere ancora esaminato se il nuovo art. 2247 c.c., ponendo la definizione generale del contratto di società, consenta un mutamento di prospettiva tale da giustificare l'estensione del principio, con l'ampia portata postulata, a tutti i tipi societari.

La norma, come la stessa relazione al codice ha cura di ricordare, deriva parzialmente dall'art. 1697 c.c. abrog., contenente la descrizione del contratto di società civile ([58]). Più particolarmente, essa trae origine dalle indicazioni fornite dalla più autorevole dottrina commercialistica, che, rispetto alla formula dell'art. 1697, aveva precisato gli elementi differenziali caratterizzanti il contratto di società commerciale. Infatti, mentre nell'alt. 1697 la società civile era definita come il contratto con il

---

([54]) DALMARTELLO, *La concezione unitaria della società attraverso i suoi aspetti di controllo*, *di alto complesso e di persona giuridica*, in "Riv. dir. civ.", 1933, 269.

([55]) Di VIVANTE (*Trattato*, II, n. 352) viene riportata la proposizione: «dietro le azioni stanno gli azionisti e senza di questi né il vincolo sociale si sarebbe formato, nè la società potrebbe svolgere la sua attività».

([56]) DALMARTELLO, *op. ult. cit.*, in "Riv. dir. civ.", 1933, 270-271.

([57]) DALMARTELLO, *op. ult. cit.*, in "Riv. dir. civ.", 1933, 271. L'A. è più indeterminato in *Società e sinallagma*, in "Riv. dir. civ.", 1937, 504-6, ove postula una prestazione personale e dinamica della collaborazione senza precisarne la diversa portata nei vari tipi sociali. La tesi è ora pressoché testualmente riportata in *I contratti delle imprese commerciali*, 3ª ed., Padova, 1962, pp. 315-316.

Più intensa appare la portata del principio in AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, *cit.*, pp. 57-8, il quale accenna al dovere «comune ai soci a responsabilità illimitata e limitata», discendente dall'obbligo di collaborazione, «di usare, nell'interesse sociale, dei poteri organici di amministrazione e di controllo»: donde «la sua [del socio] responsabilità e il suo obbligo di risarcimento dei danni, se egli usa dei suoi poteri sociali scientemente a danno della società».

([58]) *Relaz. al cod. civ.*, n. 929.

quale due o più persone convenivano di mettere qualcosa in comunione al fine di dividere il guadagno che ne sarebbe potuto derivare, si era precisato, muovendo da tale disposizione, che nel contratto di società commerciale due o più persone convenivano di formare con i loro conferimenti un fondo sociale al fine di dividere il guadagno che ne potesse derivare mercè l'esercizio di uno o più atti di commercio ([59]). In puntuale anticipazione della definizione contenuta nell'art. 2247 c.c. 1942, elementi essenziali del contratto erano così determinati nell'obbligo di conferimento, nell'esercizio di un'attività economica e nella divisione degli utili ([60]).

Dalla indicazione degli elementi caratteristici del contratto di società commerciale non veniva dedotto però che, insieme alle prestazioni dei conferimenti, anche l'ulteriore attività volitiva dei soci dovesse porsi in funzione strumentale rispetto al risultato lucrativo. Chi giungeva a tale conclusione, la fondava, piuttosto che sui caratteri del contratto di società, sul trasferimento dell'istituto dell'eccesso di potere al diritto societario, in relazione anche alla concezione accolta in tema di personalità giuridica o al principio che il socio, votando quale organo, esercitasse una funzione sociale ([61]); mentre da altri si ricercava un limite al potere dei soci nel divieto del contratto con se stesso, aggiungendosi, per casi estranei a tale ipotesi, che il legislatore aveva preferito, fidarsi nella coscienza del socio interessato e nell'accorgimento degli altri" ([62]). D'altra parte, la definizione del contratto di società civile non prevedeva quello specifico obbligo di cooperare alla realizzazione dell'interesse comune, che è sancito, per la società civile tedesca, nel § 705 B.G.B. e che consente a parte della dottrina germanica di dedurre una generale funzionalizzazione del voto all'interesse comune ([63]).

Gli elementi del contratto di società commerciale indicati dalla dottrina italiana verranno tutti recepiti nella definizione posta con l'art. 2247, senza alcun apparente intendimento innovativo rispetto alle precedenti descrizioni ([64]). È quindi poco attendibile, sotto il profilo della ricognizione storica, che con la nuova formula si sia voluto prendere posizione, con riferimento a tutte le società, su un problema così delicato come quello della funzionalizzazione dell'attività dei soci all'interesse comune.

([59]) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, 5ª ed., Milano, 1929, n. 310, p. 26.

([60]) Cfr. *Relaz. al cod. civ.*, n. 929.

([61]) V. gli AA. citati in GAMBINO, *Il principio di correttezza*, *cit.*, al cap. II, nota ([15]).

([62]) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, *cit.*, n. 498, pp. 229-230, in espressa adesione – con riferimento al divieto del contratto con se stesso ed al correlativo richiamo all'art. 150 cod. comm. dettato per gli amministratori – alla tesi di ASQUINI, *Conflitto d'interessi tra socio e società nelle deliberazioni di assemblea nelle società per azioni*, in "Riv. dir. comm.", 1919, II, 652 ss. e in "Scritti giur.", vol. I, Padova, 1936, p. 161 ss.

([63]) V. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, *cit.*, al cap. I, n. 7 e nota 69.

([64]) Cfr. *Relaz. al cod. civ.*, n. 929.

Può tuttavia ancora osservarsi che, pur non essendo di ciò consapevoli i redattori del codice, l'art. 2247 c.c. pone un nuovo elemento testuale, allorché richiede l'esercizio *in comune* dell'attività economica. Sulla base di tale indice letterale si è infatti ritenuto che oggi non sia più funzionalizzato al risultato utile il solo esercizio di un'attività produttiva con i mezzi economici forniti dai soci, ma assuma carattere strumentale rispetto all'interesse finale un'attività svolta in comune, diretta al perseguimento degli scopi per i quali l'organizzazione societaria è stata creata ([65]).

La tesi – che, del resto, trova, nella dottrina che l'ha proposta, solo un accenno esplicativo – non può essere accolta. All'espressione legislativa, com'è pacifico, non può essere infatti attribuito un significato letterale ([66]). Se si tiene presente che l'esercizio dell'attività economica è rappresentato solo indirettamente dal voto espresso in assemblea, ove si desse alla disposizione il senso letterale postulato si dovrebbe consentire ai soci, in contrasto con la ripartizione di competenze propria delle società per azioni, una diretta partecipazione alle operazioni tecnico-produttive e amministrative, attraverso le quali si svolge in via primaria l'esercizio dell'attività. La formula legislativa, in effetti, indica solo – come concordemente rilevato dalla dottrina – che l'esercizio dell'attività economica avviene per conto del gruppo dei soci ([67]) ed è riferibile alla volontà di questi ([68]). Essa esige che l'intero processo produttivo abbia luogo nella sfera sociale con i mezzi in essa gestiti e per suo conto e rischio, dando quindi luogo a costi comuni a tutti i soci e da tutti sopportati ([69]) e che inoltre tutti i soci si trovino in una posizione di uguaglianza giuridica ([70]).

Va ancora rilevato che la portata della tesi non potrebbe essere limitata, come pure si assume, ad un divieto di perseguire in assemblea interessi particolari a danno della minoranza ([71]). Se l'attività dei soci in seno alla società, in virtù dell'art. 2247, dovesse porsi giuridicamente in funzione strumentale rispetto al conseguimento del risultato utile, non sarebbe possibile evitare l'imposizione, a cari-

---

([65]) JAEGER, *L'interesse sociale*, *cit.*, p. 188.

([66]) Cfr. DE GKEGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori – Società*, *1ª* ed., Milano, Roma, Napoli, Città di Castello, 1967, p. 163.

([67]) DE GREGORIO, *op. cit.*, p. 164; FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, *cit.*, p. 199; FERRI, *Delle società*, 2ª ed., in "Commentario cod. civ. Scialoja-Branca", Bologna, Roma, 1968, p. 33.

([68]) FERRARA jr., *op. cit.*, p. 198; FERRI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

([69]) Testualmente, GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, *cii.*, p. 41. Cfr. FERRI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, nel senso che «l'atto, e quindi i suoi risultati positivi o negativi, riguarda tutti i soci».

([70]) Con esclusione quindi di quei rapporti nei quali una delle parti si trovi in relazione di subordinazione giuridica: FERRARA jr., *op. cit.*, p. 199; GRECO, *op. cit.*, p. 42.

([71]) JAEGER, *op. cit.*, pp. 192-194.

co dei soci, del dovere di perseguire positivamente l'interesse comune. Ma da ciò – come già osservato per il richiamo, proposto dalla stessa dottrina, alla buona fede contrattuale – deriverebbe l'eliminazione di qualsiasi spazio per l'art. 2373, che pur rappresenta una norma specificamente dettata per le società per azioni e che prevede un più ristretto limite all'agire dei soci.

6. Inattendibilità della costruzione di un principio di collaborazione sulla base delle caratteristiche generali dei contratti con comunione di scopo

Alcune ulteriori osservazioni sull'elaborazione storica della categoria dei contratti con comunione di scopo, e sui caratteri della comunione societaria di interessi confermano l'inattendibilità dei tentativi di costruire, per le società capitalistiche, un principio di collaborazione sulla base delle caratteristiche generali del contratto di società.

Già nella prima e più elaborata indagine sui contratti associativi si avvertiva che il contratto associativo – e, in primo luogo, il contratto di società – è caratterizzato da uno specifico tipo di legame fra le prestazioni, in virtù del quale più prestazioni devono operare insieme al raggiungimento di uno scopo comune ([72]). L'elemento peculiare della categoria' contrattuale appariva, in altri termini, la destinazione giuridica dei conferimenti al conseguimento del risultato contrattuale, nel quale lo scopo sociale veniva risolto ([73]). E si aveva cura di precisare – avendo espressamente presenti proprio le società per azioni –: che la comunione di scopo, per la quale le prestazioni devono dirigersi al fine comune ([74]), non coincide con l'esistenza di una comunione di interessi, per la quale il socio debba sacrificare il proprio interesse a quello altrui e che non è ravvisabile nelle società per azioni ([75]).

La dottrina italiana, nel delineare, sulla base di tali indicazioni, la categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, conferma che l'obbligo costantemente discendente dal contratto di società è quello di conferire, caratterizzandosi il contratto plurilaterale per la possibile varietà dell'oggetto del conferimento ([76])

([72]) WIELAND, *Handelsrecht*, vol. I, München, Leipzig, 1931, p. 453.

([73]) WIELAND, *op. cit.*, p. 460.

([74]) WIELAND, *op. cit.*, p. 454.

([75]) WIELAND, *op. cit.*, p. 459. V. ora ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden*, München-Berlin, 1963, p. 318 ss. (ove ampie citazioni delle diverse impostazioni dottrinali).

([76]) ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, 3ª ed., Roma, 1936, pp. 23-25; AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, *cit.*, p. 43 ss.; DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, *cit.*, p. 79.

e configura un rapporto di dipendenza funzionale tra le obbligazioni dei conferimenti e il conseguimento dello scopo ([77]): così anticipando la disciplina vigente, nella quale le prestazioni sono poste in rapporto teleologico con il raggiungimento dello scopo comune (art. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.). La funzione strumentale che, secondo autorevole dottrina, caratterizza la categoria dei contratti plurilaterali ([78]), viene ravvisata nella circostanza che – diversamente da quanto avviene nei contratti di scambio – l'esecuzione delle obbligazioni dei contraenti non realizza l'interesse contrattuale e costituisce solo la premessa per un'attività ulteriore ([79]).

L'eventuale imposizione ai soci di vincoli personali per l'esercizio di tale attività non dipende però dalle caratteristiche generali della comunione societaria, ma dal tipo di organizzazione prescelto per lo svolgimento dell'attività sociale. Viene così rilevato che la disciplina dei diritti e poteri delle parti in seno all'organizzazione societaria è in funzione del grado di complessità dell'organizzazione stessa ([80]). Nello stesso senso, la dottrina tedesca, avvertendo che le società per azioni non possono essere accostate a quei tipi societari, che presuppongono un rapporto personale di fiducia fra i soci ([81]), aveva osservato che i molteplici problemi del diritto azionario – in particolare, se sia configurabile un diritto al dividendo o se la ripartizione dell'utile sia lasciata alla libera valutazione dell'assemblea – non sono risolubili con una rigida regola ricavabile dalle caratteristiche del contratto sociale, ma solo attraverso una specifica valutazione degli interessi rilevanti nelle varie ipotesi ([82]).

Alla luce di tali considerazioni appare chiaro che neppure il generico richiamo al carattere di contratto di organizzazione è idoneo a confortare la conclusione dell'esistenza di un principio di collaborazione nelle società capitalistiche ([83]). I poteri e i doveri dei soci si determinano infatti diversamente, nei singoli tipi societari, proprio in dipendenza delle specifiche caratteristiche dell'organizzazione.

([77]) AULETTA, *Il contratto di società commerciali*, *cit.*, p. 46 ss. Cfr. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, pp. 25-26.

([78]) ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in "Studi in tema di contratti", Milano, 1952, p. 115.

([79]) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

([80]) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 135. La stessa dottrina, vigente il codice di commercio, aveva bensì ritenuto che l'azionista dovesse agire in funzione sociale e che fosse applicabile pertanto alle società anonime l'istituto dell'eccesso di potere, argomentando però non dalla natura del contratto di società commerciale, ma dalla posizione del socio quale organo sociale, ricollegandosi sia alla (allora) prevalente concezione della personalità giuridica, sia alla nota tesi di Asquini, che postulava l'analogia della disciplina dettata per gli amministratori: ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze*, *cit.*, in "Riv. dir. comm.", 1930, I, 737-738; *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, *cit.*, pp. 154-155.

([81]) WIELAND, *Handelsrecht*, vol. I, *cit.*, pp. 462 e 477.

([82]) WIELAND, *op. cit.*, p. 463.

([83]) V. invece JAEGER, *op. cit.*, p. 188.

Già altrove si è rilevato che al principio di organizzazione è solo essenziale, come limite inerente alla stessa struttura organizzativa, la subordinazione dei singoli ad un potere espresso da altri soggetti (eventualmente attraverso il metodo maggioritario), non l'esigenza del perseguimento di una finalità comune da parte di tutti i componenti del gruppo ([84]). I limiti all'applicazione del criterio maggioritario devono essere dimostrati sulla base delle caratteristiche specifiche assunte dalla comunione societaria, con riguardo ai particolari strumenti tecnici prescelti per la realizzazione della generica funzione associativa.

7. Esigenza di ricercare nella disciplina delle società di capitali il criterio direttivo per la determinazione del limite all'agire dei soci. Incidenza dell'art. 2373 c.c. sul conflitto di interessi del socio

I rilievi sin qui svolti non escludono ovviamente che l'esigenza – espressa nei vari tentativi della recente dottrina – di limitare il libero agire dei componenti il gruppo sociale sia, anche per le società di capitali, largamente giustificata. Quando si consideri la portata generale dei principi della correttezza nei rapporti obbligatori e della buona fede nell'esecuzione dei contratti, appare tanto più attendibile la tesi che anche nelle comunioni volontarie di scopo assuma rilevanza il limite dell'interesse altrui: se è vero che in queste alla libertà di determinazione, sconosciuta all'esecuzione contrattuale, si accompagna con maggiore gravità il rischio dell'esercizio abusivo del potere ([85]).

Il limite auspicato non può però essere immediatamente desunto dai principi di solidarietà senza uno specifico riscontro nella disciplina societaria. Sul piano della valutazione legislativa, infatti, proprio nelle società di capitali – nelle quali si realizza in larga misura l'esercizio dell'attività economica – il principio solidaristico può essere stato sacrificato, in adesione ad una diffusa concezione politico-ideologica, all'opportunità di lasciare piena libertà di espressione agli interessi economici non rigidamente vincolati nel contratto e all'esigenza di non ledere, con un sindacato giurisdizionale, l'autonomia tecnica societaria.

Anche a causa di tale possibile antinomia tra istanze solidaristiche e esigenze economico-funzionali delle società capitalistiche si torna così alla prospettiva, che

---

([84]) V. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, *cit.*, al cap. III, n. 4. Neppure potrà giovare alla dimostrazione di un limite giuridico all'esercizio del potere da parte dei soci il richiamo al carattere della durata (v. invece JAEGER, *op. cit.*, p. 188), inerente, secondo diffusa dottrina, al rapporto societario. Tale caratteristica può infatti avere solo il significato che la permanenza nel tempo è essenziale alla realizzazione della funzione contrattuale, ma non indica con quali modalità e quali vincoli la funzione si realizzi nel tempo.

([85]) JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *cit.*, p. 23.

induce a ricercare nella specifica disciplina delle società di capitali limiti e direttive all'azione dei soci. Trova conferma, attraverso un esame condotto all'interno delle concezioni che si richiamano al contratto o alla disciplina generale dei rapporti obbligatori, la convinzione che il centro di gravità dell'indagine va spostato dal dato genetico negoziale (che non consente di distinguere i problemi dell'organizzazione da quelli dell'esecuzione contrattuale) o dall'elemento finale della deliberazione (ove si trascura il procedimento e si tende ad assimilare il rapporto societario ai rapporti obbligatori) al momento dinamico dell'attività del gruppo, valutato nella disciplina ad esso propria.

È agevole rilevare che tale prospettiva si inquadra esattamente nell'orientamento generale qui presupposto, per il quale è rilevabile che l'attività dei soci nella gestione delle società di capitali non costituisce attività esecutiva in senso tecnico, ma tende a realizzare nuove composizioni di conflitti intersoggettivi ed è quindi sottoposta ad una legge diversa da quella del rapporto contrattuale ([86]). Mentre le vicende esecutive del contratto legislativamente disciplinate si ricollegano al problema del rispetto di predefinite composizioni di interessi, nelle società capitalistiche emergono i diversi problemi derivanti dall'esercizio di un potere e dalla manifestazione di un giudizio autonomi rispetto al regolamento contrattuale. L'individuazione di un limite all'attività dei soci dipenderà quindi dalla legge dell'ordinamento particolare, in relazione alle specifiche caratteristiche del tipo di organizzazione societaria.

Appare chiaro, a questo punto, che la norma, su cui l'indagine deve proseguire, è la disposizione legislativa sul conflitto di interessi del socio. Essa rappresenta infatti l'unica disposizione, nella quale, con specifico riferimento alle società per azioni e ponendo a raffronto gli interessi del socio e del gruppo sociale, si prevede un preciso e generale limite all'agire dei soci nel procedimento di formazione delle deliberazioni assembleari.

([86]) V. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, *cit.*, al cap. III, n. 1.

Le clausole di gradimento dopo la legge 4 giugno 1985, n. 281 (*)

1. Sono curiosi questi giuristi. Quando una legge del 1962 (art. 20 l. 20 dicembre 1962, n. 1745) dichiarò espressamente che nulla veniva innovato sulle clausole di gradimento, giudici investiti della problematica conseguente all'entrata in vigore di quella legge (Trib. Milano, 2 marzo 1964; Trib. Lucera, 12 dicembre 1964) si affrettarono a ritenere che il quadro normativo in cui operavano le clausole fosse radicalmente mutato e che la disciplina di queste fosse cambiata. Ora che la recentissima legge, che oggi commentiamo (art. 22 l. 4 giugno 1985), espressamente innova la normativa sulle clausole di gradimento, si levano voci quasi concordi che nulla è cambiato rispetto all'interpretazione data dalla recente giurisprudenza (Cass., 15 maggio 1978, n. 2365; Cass., 25 ottobre 1982, n. 5567; App. Milano, 26 ottobre 1982; Trib. Udine, 4 dicembre 1982; Trib. Catania, 9 aprile 1983; Pret. Perugia, 25 giugno 1981; Pret. Perugia, 8 marzo 1982) alla norma precedente, costituita, come è noto, dall'art. 2355, comma 3°, c.c.

Questa constatazione viene naturalmente alla mente leggendo i primi commenti alla nuova legge, secondo i quali questa avrebbe appunto semplicemente recepito il recente indirizzo giurisprudenziale sulle clausole di gradimento. Non sarebbe così consentito distinguere tra società che fanno appello al pubblico risparmio e società a ristretta base azionaria, tra finalità di perpetuazione delle posizioni di potere del gruppo minoritario di comando e finalità di difesa degli interessi sociali. Accomunando nella resa, dopo il lungo assedio della dottrina del dopoguerra, tutte le società per azioni e tutte le clausole, si confermerebbe, con l'autorità del legislatore, la «fine» o il «declino» delle clausole di gradimento, secondo le notissime espressioni dell'amico Gaetano Castellano: salve solo clausole particolarissime, irrealistiche nella normalità dei casi, che determinino *a priori* le condizioni oggettive o soggettive di accesso alla compagine sociale (per società, cioè, che abbiano sostanzialmente caratteristiche cooperativistiche).

(*) Estratto dalla *Giur. comm*., 1986, pp. 5-19.

2. Nel discorso odierno vorrei porre in dubbio queste conclusioni. Ricordiamo cosa ha richiesto, per la validità delle clausole, la recente giurisprudenza. Al di là della massima ufficiale, che restringeva la portata della prima sentenza di Cassazione del 1978 alla dichiarazione di nullità della clausola di gradimento che condizioni il trasferimento delle azioni al giudizio discrezionale degli amministratori, l'indirizzo espresso in motivazione e accolto dai successivi giudici di merito precisa i caratteri della illegittima insindacabilità ponendo due distinte condizioni: *a*) subordinazione del rifiuto di gradimento alla ricorrenza di *elementi obiettivi e specifici* («situazioni specifiche oggettive»); *b*) *predeterminazione* nella stessa clausola statutaria di tali elementi, posto che essi stessi costituirebbero le «condizioni», cui l'atto costitutivo può subordinare il trasferimento delle azioni nominative.

Nella motivazione veniva anche prevista, in effetti, nell'ottica dell'alienante, la possibilità di correttivi, che garantiscano al socio, che lo voglia, di uscire dalla società (implicitamente, l'offerta di altro acquirente). Ma tale previsione appare come un *obiter dictum* ininfluente per la decisione del caso concreto, dato che in esso si discuteva della legittimità di una clausola che condizionava la trasferibilità delle azioni al consenso del consiglio di amministrazione.

Le due distinte condizioni, riassumentisi nella predeterminazione, nella clausola stessa, di elementi obiettivi e specifici, rappresentavano invece chiaramente il nucleo decisorio del grande *arrêt*. La società, infatti, nel giudizio di merito, aveva indicato le assunte ragioni di interesse sociale (gli elementi cioè obiettivi e specifici che avrebbero giustificato il rifiuto), ma la Suprema Corte ha ritenuto che la stessa clausola sarebbe stata radicalmente nulla se in essa non fosse inserita l'indicazione delle situazioni oggettive specifiche legittimanti il rifiuto.

Si è quindi osservato che la Cassazione aveva fatto propria la distinzione, contenuta negli artt. 6 e 7 del progetto del Comitato interministeriale di riforma delle società per azioni (in *Riv. soc.*, 1967, p. 370 ss.), tra clausole di gradimento in senso stretto, dichiarate illegittime, e clausole che sottopongano a particolari condizioni l'alienazione delle azioni, dichiarate invece legittime (Castellano).

Ora, delle due condizioni richieste anteriormente alla novella del 1985, quella fondamentale e caratterizzante l'indirizzo giurisprudenziale è certamente la seconda, rappresentata dalla *predeterminazione nella stessa clausola statutaria* degli elementi specifici, che consentono il rifiuto di gradimento. Sul piano dell'argomentazione logica, questa predeterminazione è stata postulata attraverso un sillogismo (non corretto) fondato sulla identificazione tra giudizio discrezionale degli organi societari *al momento del gradimento* e assenza *nella clausola statutaria* della indicazione specifica delle situazioni legittimanti il rifiuto. Sul piano sostanziale degli interessi tutelati, la predeterminazione è stata richiesta prevalentemente in un'ottica di tutela dell'acquirente, il cui affidamento viene garantito solo se sono predeterminati nello stesso statuto i criteri limitativi della discrezionalità.

Malgrado l'apparente identità di concetti si è andati quindi molto al di là della esclusione della «mera arbitrarietà» nel giudizio dell'organo societario: arbitrarietà, che significherebbe effettivamente sostanziale intrasferibilità delle azioni. L'indirizzo giurisprudenziale comporta infatti l'illegittimità non solo del mero arbitrio dell'organo societario, ma della valutazione concreta, operata volta per volta, non arbitraria e pur fondata su elementi obiettivi e specifici presenti al momento in cui il giudizio viene espresso, ma non predeterminati nello statuto.

3. L'art. 22 della l. 4 giugno 1985, n. 281, è più circoscritto.

La norma, in primo luogo, nel menzionare per la prima volta espressamente le clausole di gradimento, le legittima in quanto tali, in una visione quindi opposta a quella del progetto De Gregorio (art. 6) e del successivo progetto del Comitato interministeriale, che le vietavano salvo che per le società esercitanti attività bancaria o assicurativa.

In secondo luogo, la nuova disposizione – ed è il dato normativo più rilevante – accoglie solo una delle due condizioni richieste dalla giurisprudenza, che interpretava l'art. 2355, comma 3°, c.c. Infatti, l'esclusione della legittimità del «mero gradimento », con la dichiarazione di inefficacia delle clausole statutarie che lo prevedano, non comporta, di per sé, imposizione dell'altra autonoma condizione della predeterminazione nello statuto degli specifici elementi oggettivi, che consentano nei casi concreti il rifiuto di gradimento.

A questo punto occorre accertare cosa significhi il riferimento legislativo al gradimento «mero». Al riguardo, si rileva subito che l'esclusione del «mero gradimento» significa, in positivo, che l'organo societario competente *deve* operare *con un criterio di valutazione diverso* dal giudizio «mero» o arbitrario o discrezionale nel senso della libera e insindacabile valutazione. In altri termini, viene assunto a requisito giuridico del gradimento che esso sia ancorato ad elementi oggettivi e specifici di giudizio (cioè appunto che esso non sia arbitrario) e sia conseguentemente sindacabile, ove la disciplina legislativa non venga rispettata.

Ora, per determinare più concretamente quali elementi oggettivi e specifici debbono fondare nella prescrizione normativa il giudizio dell'organo sociale, occorre individuare gli interessi, che assumono rilievo giuridico per una valutazione non arbitraria. In astratto, gli interessi da prendere in considerazione sono: l'interesse del socio uscente a non restare prigioniero del suo titolo; l'interesse degli altri soci o del gruppo di comando (che esprime la maggioranza consiliare o assembleare) a impedire le scalate; l'interesse dell'acquirente ad ottenere la piena realizzazione degli effetti dell'atto di acquisto; l'interesse dell'impresa o dell'azienda sociale, in rapporto al suo oggetto statutario e alle sue caratteristiche concrete, nei confronti di concorrenti, di finanzieri spregiudicati, di mutamenti di strategia economica con la possibile subordinazione alla logica di altro gruppo societario italiano o estero o multinazionale, anche sotto il profilo dell'entrata in

mercati nuovi o dell'uscita da essi o sotto il profilo della politica occupazionale o, ancora, nei confronti di mutamenti di linea politica nelle imprese c.d. di tendenza, come quelle editoriali, ecc.

4. È opportuno iniziare con la valutazione dell'interesse del gruppo di comando. Tale interesse è infatti quello che si esprime normalmente attraverso le clausole statutarie di insindacabilità del giudizio, dichiarate inefficaci dalla nuova legge. È proprio il meccanismo giuridico della insindacabilità che consente la libera espressione dell'interesse della maggioranza (consiliare o assembleare), nella logica liberistica secondo cui l'interesse sociale si identificherebbe con l'interesse della maggioranza. In concreto, grazie al combinarsi del principio maggioritario con la clausola di insindacabilità, a tale interesse si è piegata spesso l'applicazione storica delle clausole di gradimento, con il sacrificio di ogni altro interesse non identificantesi con quello del gruppo di comando e quindi non protetto di riflesso dalla soddisfazione di quest'ultimo.

Anzi, questa applicazione storica conseguirebbe – come è stato scritto – a una caratteristica propria dell'economia capitalistica, del cui venir meno sotto l'aspetto della tutela giuridica non vi è certo da dolersi. Questa pratica rappresenta, in realtà, una delle punte di emersione della concezione protocapitalistica, che fonda lo sviluppo economico sulla libertà piena e insindacabile del soggetto economico (nel caso, del gruppo di controllo), in una visione giuridica per la quale la società per azioni rappresenta lo strumento tecnico più raffinato per garantire la piena libertà di determinazione di quel soggetto e, con essa, il progresso economico generale. Non vi è bisogno di spendere molte parole per dimostrare tramontata, nella stessa *communis opinio*, questa visione, sulla quale non può essere ricostruito, senza forzature palesi, il sistema giuridico italiano delle società per azioni.

Con riferimento più specifico al problema qui considerato si può dire con certezza che con la definitiva condanna, nella nuova legge, delle clausole di mero arbitrio è caduta irrevocabilmente ogni possibilità di ritenere giuridicamente tutelato l'interesse del gruppo di comando a impedire le scalate o, in altri termini, l'interesse alla stabilità del gruppo di controllo. Non vi è un diritto ad impedire gli avvicendamenti nella compagine sociale, essendovi invece il principio giuridico tendenziale della libera negozialità delle partecipazioni, ove sia adottata la struttura giuridica della società per azioni (arg. *ex* art. 2355 c.c.).

La irrilevanza giuridica dell'interesse del gruppo di comando e, cioè, dell'interesse della maggioranza, assunto come interesse sociale tout court – irrilevanza riscontrabile, del resto, già nel vigore del solo art. 2355 c.c. – determina subito una precisa conseguenza.

Si può infatti sostenere che, in sede di *formazione* della clausola statutaria di gradimento, questa, sul piano degli interessi sostanziali in giuoco, attenga in via primaria al rapporto contrattuale tra i soci o, meglio, incida in modo sostanziale

sul rapporto tra i soci comunque questo vada dogmaticamente qualificato, modificando le condizioni essenziali tra essi (le basi essenziali, secondo l'indirizzo e la terminologia francesi). Può trovare quindi giustificazione la giurisprudenza che, con una valutazione sostanziale degli interessi coinvolti, pur se nascosta da considerazioni dogmatiche in tema di diritti individuali, richiede l'unanimità per rinserimento della clausola di gradimento nello statuto (Cass., 8 gennaio 1970, n. 52; Cass., 14 gennaio 1977, n. 121; App. Milano, 6 aprile 1973): anche se, sul piano formale, la clausola incide sulla struttura giuridica societaria con riguardo alle condizioni di ammissione di nuovi soci attraverso il trasferimento delle partecipazioni sociali e dovrebbe essere quindi anch'essa sottoposta, sotto tale profilo, al generale principio maggioritario.

L'*applicazione*, però, della clausola – una volta che essa sia statutariamente fissata – attiene essenzialmente ad una modifica strutturale concernente il subingresso di soci nella compagine sociale e non incide direttamente sul rapporto tra i soci se non nel senso – comune a ogni ipotesi di trasferimento – che, alle condizioni di legge e statutarie, si verifica o meno il subentro di un socio ad un altro nell'organizzazione societaria. Ciò significa che, nel vigore del solo art. 2355 c.c. e tanto più oggi, non può postularsi una composizione del conflitto con il metodo dell'arbitraggio (e cioè della determinazione di un contenuto contrattuale) tra il socio uscente ed il gruppo di maggioranza. Il consiglio di amministrazione o l'assemblea, con l'atto o il rifiuto di gradimento, non si pongono come *terzo arbitratore* in un conflitto tra l'interesse del socio uscente (o dell'acquirente) e gli altri soci, nell'esercizio di un potere da esercitare nell'interesse delle parti; ma, nella misura in cui la determinazione consiliare o assembleare incide sulla struttura societaria, viene coinvolto l'interesse del soggetto cui il giudizio è giuridicamente imputato. Non può quindi sostenersi che l'esclusione legislativa del mero arbitrio significhi imposizione dell'*arbitrium boni viri* nell'ambito di un arbitramento, con il limite della manifesta iniquità o erroneità *ex* art. 1349 c.c.

L'esclusione legislativa del mero arbitrio nel gradimento (o nel rifiuto di esso) assume piuttosto un significato tecnico-societario. Essa esprime l'esclusione della libertà insindacabile perché negoziale e l'affermazione invece della *discrezionalità tecnica* proveniente da un organo sociale e cioè della necessità di rispondenza ad un interesse diverso da quello del gruppo di controllo e soggetto, quindi, sul piano giuridico, alla verifica del giudice.

5. In tale giudizio discrezionale nel senso appena precisato, quale previsto dalla nuova legge, assume rilevanza giuridica l'interesse del terzo acquirente? Deve l'organo sociale competente valutare – e la clausola statutaria esplicitamente o implicitamente tenere presente – l'interesse dell'acquirente? Si pone, in altri termini, la domanda della tutela accordata dalla legge alla aspettativa del terzo a divenire socio di una società per azioni per effetto di un atto di acquisto con l'alienante.

Si è ritenuto, in altro recentissimo convegno, che l'interesse dell'acquirente troverebbe tutela specifica nella nuova disposizione di cui qui si discorre. La norma, infatti, essendo stata prevista nell'ambito di una legge destinata a disciplinare la Consob e il mercato dei valori mobiliari, come emerge sia dal suo contenuto che dallo stesso titolo, si porrebbe nell'ottica di tutela dell'acquirente-risparmiatore, onde alla luce di tale ottica essa andrebbe interpretata. Anzi la norma considererebbe irrilevante l'aspetto interno del rapporto tra il socio uscente e la società, ponendosi solo a tutela dell'acquirente, nei cui soli confronti la clausola di mero gradimento sarebbe inefficace. Resterebbe quindi aperto il problema se l'alienante, anziché ricevere tutela nel suo interesse alla negoziazione del titolo, possa essere ritenuto responsabile per i danni provocati alla società nel caso in cui alienasse malgrado il rifiuto arbitrario dell'organo societario (Corsi).

Questa proposta interpretativa non appare confortata dall'attuale normativa. Il fragile argomento della collocazione della disposizione nell'ambito di una disciplina del mercato mobiliare e della Consob non tiene conto del fatto che al nostro legislatore non è sconosciuto – si può anzi rilevare che è divenuto ad esso abituale – l'inserimento in un determinato contesto normativo di disposizioni extravaganti. E che ciò, nel caso, sia avvenuto è attestato dai lavori preparatori, da cui emerge che la norma è stata inserita nella legge n. 281/1985 a seguito della fusione, in commissione parlamentare, di più disegni di legge, in nessuno dei quali compare la disposizione in tema di clausole di gradimento. Del resto, anche le altre disposizioni contenute nella legge in tema di cauzione degli amministratori (art. 24), di esperto per la stima dei conferimenti in natura (art. 23) o di consulente tecnico di ufficio (art. 25) non sono state previste nell'ottica di tutela del mercato e del risparmiatore.

Esclusa quindi la rilevanza del contesto normativo generale e limitato l'esame alla *ratio* della norma specifica sulle clausole di gradimento è subito avvertibile che essa riguarda, senza distinzioni, tutte le società per azioni che facciano o meno appello al pubblico risparmio. Né un'ottica di tutela dell'acquirente si può scorgere nella prevista sanzione dell'inefficacia delle clausole di mero gradimento, se prima non si dimostri il postulato che si assume e cioè che l'inefficacia operi solo nei confronti dell'acquirente: quando semmai il termine proprio, ove si fosse voluta circoscrivere l'inefficacia ai soli terzi, sarebbe stato quello della inopponibilità. D'altra parte, nelle società che fanno appello al pubblico risparmio la persona dell'alienante si identifica con quella del precedente acquirente-risparmiatore, che merita tutela non solo al momento dell'acquisto, ma tanto più in quello della successiva eventuale rivendita per smobilizzo dell'investimento effettuato. Sarebbe paradossale, proprio in un'ottica di tutela del risparmiatore, se nei confronti dell'alienante spettasse un'azione di risarcimento danni per il caso che egli, prigioniero della società, cerchi di alienare le sue azioni malgrado una clausola di mero gradimento (dichiarata inefficace dalla legge).

6. In via generale, si deve convenire (con Denozza, con Libonati e ora con Borgioli) che, nel sistema vigente, le aspettative del terzo acquirente non possono ritenersi riconosciute per effetto di una supposta tutela giuridica dell'interesse all'alternanza dei gruppi di controllo. Se è vero che la libertà di iniziativa economica si esprime anche nella facoltà di effettuare scalate, non vi è però, per converso, un diritto «diffuso» al ricambio dei gruppi di comando nelle società per azioni.

La aspettativa del terzo assume tuttavia rilevanza giuridica – e qui il discorso riguarda specificamente le clausole di gradimento – allorché la società per azioni si appelli al pubblico risparmio attraverso la quotazione in borsa.

È questo ormai un dato normativo derivante, già prima della legge n. 281/1985, dalla approvazione, con delibera Consob n. 1622 del 19 dicembre 1984, del nuovo regolamento per l'ammissione dei titoli azionari e delle obbligazioni alla quotazione ufficiale nelle borse valori, emanato in attuazione del disposto dell'art. 8, 2° e 3° comma, del d.p.r. 31 maggio 1975, n. 138. Infatti, è stato fissato in via generalizzata il requisito della libera trasferibilità dei titoli azionari non più solo come condizione per l'ammissione alla quotazione (come, per la borsa valori di Milano, già previsto con la deliberazione 20 maggio 1960 della Giunta della Camera di commercio di Milano), ma altresì come condizione per la stessa permanenza della società alla quotazione di borsa. Precisamente, sulla base del generale potere di intervento della Consob in tema di sospensione e revoca della quotazione quando lo richieda l'esigenza di tutela del pubblico risparmio (art. 8 d.p.r. 31 maggio 1975, n. 138 sia nel testo originario che nel testo sostitutivo contenuto nell'art. 20 l. n. 281/1985) il requisito della libera trasferibilità dei titoli indicato nel nuovo regolamento è stato espressamente esteso dalla Consob anche ai fini della permanenza in quotazione. Si è quindi previsto un periodo di tempo non superiore a trentasei mesi per l'adeguamento a tale requisito da parte delle società con titoli già quotati. La disciplina italiana ha superato, in tal modo, quanto prescritto dalla direttiva CEE del 5 marzo 1979, n. 279, per la quale le autorità competenti degli Stati membri possono derogare al principio della libera negoziabilità delle azioni ammesse alla quotazione ufficiale di borsa soltanto se l'uso delle clausole di gradimento non è tale da perturbare il mercato (alleg. schema A, II, 2 richiamato dall'art. 4.3). Si è assunta invece una drastica posizione negativa, analoga a quella inglese in tema di requisiti per l'ammissione allo *Stock Exchange*.

In Italia, del resto, la problematica delle clausole di gradimento negli statuti di società con azioni quotate in borsa non è di determinante rilievo nel quadro della tutela del risparmio, se è esatta l'indicazione fornita da Covelli (in *Foro it.*, 1983, I, c. 1663), secondo la quale nel 1983 nessuna società con azioni quotate esercitante attività diversa da quella assicurativa e bancaria e solo tre società (assicurative e bancarie) quotate in borsa avevano nello statuto una clausola di gradimento insindacabile (R.A.S., Generali e Mediobanca).

Ma vi è di più. Con riferimento alle società con azioni quotate e, per analogia di situazioni, ritengo anche con riferimento alle società con titoli azionari ammessi alle negoziazioni del mercato ristretto *(ex* art. 2 l. 25 febbraio 1977, n. 42 ed art. 5 regolamento Consob 24 giugno 1977, n. 233), ora la l. n. 281/1985 con la dichiarazione di inefficacia delle clausole di mero gradimento determina essa stessa la generale perdita di significato di ogni tipo di clausola di gradimento, confermando così la situazione normativa conseguente all'approvazione del regolamento 1984 sulla quotazione ufficiale nelle borse valori.

L'intervenuta prescrizione legislativa circa l'esercizio di una discrezionalità tecnica da parte dell'organo societario comporta infatti, per le società che sollecitano ufficialmente il pubblico risparmio, la permanente risposta positiva alla richiesta di gradimento e cioè la libera e piena trasferibilità dei titoli. Dato che è ormai normativamente escluso un rifiuto arbitrario del gradimento, vi sarebbe sostanziale contraddizione tra l'appello al pubblico risparmio, tutelato da una complessa disciplina di ordine pubblico nelle aspettative del risparmiatore, e limitazioni alla trasferibilità dei titoli azionari, che venissero poste in nome di un assunto interesse della società: quando questa chiede istituzionalmente al pubblico dei risparmiatori di partecipare alla compagine sociale finanziando l'impresa con capitali di rischio. A seguito della ammissione dei titoli al pubblico mercato, con la conseguente possibilità giuridica di acquisire dai risparmiatori finanziamenti di capitali di rischio attraverso lo strumento delle negoziazioni pubbliche, proprio l'appello al pubblico risparmio viene a porsi come interesse primario dell'azienda sociale e la soddisfazione dell'aspettativa dei risparmiatori alla piena realizzazione degli effetti degli acquisti di titoli azionari diviene componente essenziale di tale interesse. Con altra terminologia e adattando alle società con azioni che fanno appello al pubblico risparmio una suggestiva immagine (Asquini), anche l'aspettativa del socio futuro, sollecitato ad interventi finanziari, entra a comporre l'interesse della società.

Vi è solo da avvertire, con riguardo alle società i cui titoli azionari siano ammessi alle negoziazioni del mercato ristretto, che, in concreto, la problematica qui affrontata non riguarda direttamente le banche popolari, costituite in forma di società cooperative per azioni. Per queste, infatti, va tenuta presente la disciplina del trasferimento azionario posta dall'art. 2523 c.c., che richiede l'autorizzazione degli amministratori per l'efficacia della cessione verso la società.

7. Risolto radicalmente il problema delle clausole di gradimento per le società che sollecitano ufficialmente il pubblico risparmio, sia in dipendenza della emanazione del nuovo regolamento sulla quotazione ufficiale, sia in base alla disposizione contenuta nell'art. 22 l. n. 281/1985 ove applicata a quella categoria di società, per l'altra categoria delle società per azioni a base ristretta sfuma la esigenza di tutela dell'acquirente ed assume invece rilievo fondamentale il confronto tra

l'interesse del socio uscente, che non vuole restare prigioniero del suo titolo, e l'interesse della società, in relazione al suo oggetto e ai suoi concreti caratteri, a evitare ingressi nella compagine societaria pregiudizievoli alla vita dell'azienda sociale. Per questa seconda categoria di società vi è infatti un pressoché unanime riconoscimento che le clausole di gradimento non « mero » possono svolgere un'apprezzabile funzione anche se concretamente limitative della libertà di trasferimento dei titoli azionari.

Qui il confronto postulato dall'art. 22 nel sancire implicitamente la legittimità del gradimento non «mero», esclusa – per quanto osservato – la rilevanza sia dell'interesse del gruppo di comando sia dell'interesse dell'acquirente per le società non quotate, è chiaramente tra l'interesse del socio alienante e l'interesse dell'impresa o dell'azienda sociale: interesse della società, quest'ultimo, in senso analogo a quello in cui il termine è assunto nell'art. 2441, comma 5°, c.c. per legittimare l'esclusione o la limitazione del diritto di opzione o negli arti. 2391 e 2631 c.c. per sanzionare civilmente e penalmente il conflitto di interessi amministrativo.

La norma esige, in altri termini, affinché non si cada nel gradimento mero o nel rifiuto arbitrario, la valutazione concreta – e cioè caso per caso – dell'interesse dell'impresa, con altra terminologia la valutazione delle concrete esigenze dell'organizzazione produttiva, che richiedano il sacrificio dell'interesse del socio alla libera trasferibilità della partecipazione. Tale interesse va accertato sulla base di elementi obiettivi e specifici individuati concretamente dall'organo societario competente, ma non necessariamente predeterminati nella clausola statutaria, come invece postulato dalla giurisprudenza anteriore alla novella. La predeterminazione statutaria degli specifici elementi di giudizio, infatti, se è coerente con un'esigenza di tutela del terzo acquirente nell'ottica in cui si è posta la Cassazione del 1978, non rappresenta un corollario del divieto normativo del giudizio arbitrario, né, sul piano della valutazione degli interessi tutelati dalla norma, è congrua con un confronto concreto tra l'interesse dell'alienante, che non vuole restare prigioniero, e l'interesse della società ad evitare pregiudizi all'azienda sociale.

8. Questa conclusione significa accoglimento dell'indirizzo espresso, già sulla base del solo art. 2355 c.c., dalla più autorevole dottrina italiana – da Ascarelli ad Asquini a Bigiavi a Ferri – che escludeva la legittimità di un giudizio arbitrario ed affermava l'esistenza di un limite giuridico al rifiuto discrezionale di gradimento?

La risposta è negativa in conseguenza di una essenziale innovazione posta dalla nuova disciplina.

In proposito, è necessario in primo luogo ricordare quella parte della dottrina tradizionale, per la quale l'atto di gradimento (o il rifiuto di esso) non è atto gestorio, in quanto non concerne la gestione societaria, né incide su questa (Bigiavi, Ascarelli). Conseguentemente, il consiglio di amministrazione – e tanto più l'as-

semblea ove statutariamente competente – non esercita attività amministrativa nel compiere l'attività giuridica concernente il gradimento e non è quindi vincolato a perseguire l'interesse sociale. Quest'ultimo non si pone come requisito giuridico della determinazione, ma è solo alla base della *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 2355 c.c. La posizione è portata all'estremo con la configurazione del gradimento come atto di autoregolamento dell'interesse sociale e quindi come atto libero di autonomia privata (Rodotà). In questo quadro, non essendovi esercizio di potere funzionale, ma di diritto soggettivo, *l'abuso* e *la malafede* rappresentano il *limite estremo* generale all'esercizio del diritto. Ne consegue – sul fondamentale piano probatorio e pratico – che l'abuso va provato da chi lo invoca, con prova difficilissima ad essere fornita e con la sostanziale piena libertà dell'organo societario nel rifiutare il gradimento. Come sempre lucidissime, nel denunciare questo risultato, sono le parole scritte sia da Bigiavi, sia da Ascarelli, ambedue nel 1953.

Anche per l'altra parte della dottrina e per la giurisprudenza, che ritengono applicabile all'atto di gradimento il principio che l'organo sociale è vincolato, al perseguimento dell'interesse sociale, sulla base di una generale concezione istituzionalistica dell'istituto della società per azioni (Asquini) o accentuando il rilievo che l'attività concernente il gradimento incide essenzialmente sulla struttura organizzativa dell'ente (Ferri), resta fermo che l'esistenza dell'interesse sociale si presume in ogni atto societario. Non vi è da meravigliarsi quindi se anche questo indirizzo non giunge a conclusioni sostanzialmente diverse, per l'essenziale profilo probatorio, dall'orientamento sopraricordato, solo in giurisprudenza accostandosi alle ipotesi dell'abuso e della malafede quella dell'eccesso di potere (App. Milano, 20 maggio 1966), che, come è noto, viene inteso come manifesto contrasto con l'interesse sociale. La condizione che il contrasto sia manifesto significa appunto, nel presupposto della presunzione di legittimità dell'atto, porre l'onere della prova della contrarietà all'interesse sociale del rifiuto di gradimento a carico di chi invoca il vizio dell'atto.

Questa presunzione di legittimità del risultato del giudizio dell'organo sociale è venuta meno con la nuova legge. La novella ha infatti introdotto, non certo in generale chiave istituzionalistica ma ai fini dell'applicazione di una specifica disciplina, *la valutazione dell'interesse sociale*, che è passata da *ratio* della disciplina *a criterio vincolato di giudizio* da parte dell'organo competente. La soluzione adottata non attiene quindi più all'onere della prova, ma a un requisito giuridico del giudizio. Vi è l'ancoraggio legislativo, nell'escludere la legittimità del «mero» gradimento, a un giudizio «non mero» e cioè all'interesse a tutela del quale la disciplina è posta e la clausola è consentita.

La esclusione legislativa del mero arbitrio si pone chiaramente nell'ottica dogmatica di Giuseppe Ferri. Sul piano del sistema giuridico societario si esclude infatti la libertà, il puro consenso negoziale; cade la prospettiva del limite esterno al diritto e si configura, pur senza presupporre un indirizzo istituzionalistico, l'e-

sercizio di un potere funzionale da parte dell'organo sociale. Viene legislativamente accolta l'ottica dell'incidenza dell'atto sulla struttura societaria, della discrezionalità tecnica, della necessità di rispondenza ad un interesse sociale diverso dall'interesse del gruppo di maggioranza. Ma nella determinazione legislativa di un requisito dell'atto, con l'eliminazione della presunzione di legittimità del giudizio, vi è la differenza fondamentale tra la posizione di tutta la dottrina precedente (compreso Ferri) e il significato normativo della novella. Analogamente all'ipotesi contemplata dall'art. 2441, comma 5°, c.c. è la società che deve dimostrare la concreta ricorrenza del presupposto giuridico del potere esercitato.

9. In base alla nuova disciplina, l'organo sociale competente deve quindi compiere una valutazione caso per caso dell'interesse sociale, che va dimostrato concreto ed attuale, con un giudizio suscettibile di controllo giurisdizionale, senza la necessità di predeterminare nella clausola statutaria parametri analitici di valutazione e cioè gli elementi obiettivi e specifici, che giustifichino l'eventuale rifiuto di gradimento.

Di qui l'importanza fondamentale che, nel vigore della nuova legge, acquista la motivazione, non come requisito giuridico dell'atto, ma per necessità tecnica, come strumento indispensabile alla società a fornire la prova, il cui onere incombe su di essa. La mancanza di motivazione circa il rifiuto di gradimento si presenta infatti, secondo un criterio di normalità, come figura sintomatica della manifesta assenza di interesse sociale, alla pari delle altre figure sintomatiche – che pure possono ricorrere nel caso – della illogicità manifesta della motivazione o della palese sproporzione tra il presunto interesse della società e la lesione dell'interesse dell'alienante al trasferimento della sua partecipazione.

Quanto a quest'ultima figura, il suo richiamo propone subito il quesito se la sproporzione possa ritenersi eliminata – e il rifiuto di gradimento legittimamente dato – con la *offerta all'alienante di altro acquirente*. La risposta può essere, a mio avviso, affermativa – anche qui solo per le società a base azionaria ristretta – se il correttivo al rifiuto di gradimento venga espressamente previsto nella clausola statutaria. Esclusa infatti in via generale, per tale categoria di società, una esigenza normativa di tutela dell'acquirente e rilevato che la clausola è sostanzialmente satisfattiva dell'essenziale interesse dell'alienante a cedere la partecipazione, la previsione statutaria può essere interpretata, sia pure in senso lato, come indicativa di una clausola non di « mero » gradimento, avendo presente che, a causa del complesso procedimento con essa posto a carico dell'organo sociale competente, a questo è imposto di dare comunque il gradimento all'alienazione (anche se non all'acquisto da parte della persona indicata dall'alienante).

10. È giunto ormai il momento di prendere in esame l'altro termine usato dalla nuova legge nel sancire, all'art. 22, che «sono inefficaci le clausole degli atti co-

stitutivi di società per azioni, le quali subordinano gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali». Il riferimento normativo alla inefficacia è analogo a quello che era presente nel progetto De Gregorio, dove, all'art. 6, si stabiliva più drasticamente che ogni clausola di gradimento, salvo che per le società aventi per oggetto l'esercizio di attività bancarie' o assicurative, «è priva di effetto».

Già Guido Rossi aveva rilevato nel 1982 (nel *Sole 24 ore* del 16 novembre 1982, citato da Dalmartello, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 349) che, ove una società, il cui statuto prevedesse una clausola di gradimento nulla, si fosse voluta adeguare ai nuovi principi (allora posti dalla giurisprudenza di Cassazione) si sarebbe creata una situazione di notevole difficoltà, in quanto, secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, per l'introduzione di una nuova legittima clausola di gradimento sarebbe stato necessario il consenso unanime dei soci.

Da questo preoccupato rilievo deriva l'attuale previsione legislativa che stabilisce l'inefficacia anziché la nullità delle clausole di Mero gradimento: sembra su richiesta governativa di modifica in tal senso del termine originariamente previsto nel testo predisposto dalla commissione parlamentare. Si è così inteso legislativamente agire sugli effetti della clausola statutaria, anziché sulla stessa fattispecie, sulla base della reminiscenza dogmatica che la nullità agisce sull'atto, sulla fattispecie negoziale, ponendola nel nulla, mentre la privazione degli effetti giuridici, operando solo su questi ultimi, non fa venir meno l'atto. Restando quindi in vita la fattispecie (la clausola), sia pure caducata di ogni effetto giuridico, questa è suscettibile di modifica a maggioranza, in tal modo ottenendosi agevolmente l'adeguamento delle clausole statutarie di mero gradimento alla nuova disposizione normativa.

Questa constatazione circa la ragione della previsione normativa della inefficacia non significa peraltro che l'inefficacia sia circoscritta o relativa. Dato che la clausola di gradimento incide sulla struttura societaria consentendo solo a determinate condizioni il subingresso di soci nella compagine sociale, è chiaro che gli effetti giuridici di essa si indirizzano in primo luogo nei confronti della società e, di riflesso, nei confronti dell'alienante e dell'acquirente dei titoli azionari, che potranno ottenere il subingresso con effetti verso la società solo se si realizzano le condizioni previste nella clausola. In tal senso, la sanzione dell'inefficacia della illegittima clausola di gradimento opera in primo luogo e direttamente nei confronti della società, come nei confronti di questa avrebbe operato anche la previsione della nullità. Caduto, per l'inefficacia della clausola nei confronti della società, l'impedimento statutario alla cancellazione dell'alienante dal libro soci e alla iscrizione dell'acquirente in esso, l'uno e l'altro adempimento divengono, in base alle norme generali, doverosi per la società.

Da tale pressoché ovvia considerazione non si può derivare peraltro che l'inefficacia della clausola non sia piena e totale e non operi anche, sia pure di ri-

flesso, nei confronti dell'alienante e dell'acquirente, eliminando per essi un ostacolo statutario all'esercizio del diritto alla cancellazione e all'iscrizione e cioè alla perdita e all'acquisto della qualità di socio nell'ambito dell'organizzazione societaria. In altro termini, l'inefficacia prevista nell'art. 22 coincide con una situazione di illegittimità (e cioè contrarietà della clausola alla legge) sanzionata con la totale privazione degli effetti giuridici della determinazione negoziale.

Da questa conclusione discende – diversamente da quanto di recente sostenuto (Corsi, Borgioli) – la non omologabilità, in sede di controllo giurisdizionale dell'atto costitutivo e delle sue modifiche, delle clausole statutarie di mero gradimento. Con l'uso legislativo del concetto di inefficacia non si è inteso infatti – se non al limitato fine di consentire l'adeguamento delle clausole alla legge con l'applicazione del principio maggioritario – ridurre la portata della illegittimità delle clausole di mero gradimento. Queste non hanno ormai più posto nell'ordinamento giuridico italiano. Quindi, essendosi in presenza di inefficacia assoluta derivante dalla legge e cioè di piena illegittimità., una clausola di mero gradimento non potrà essere omologabile da parte dell'organo giurisdizionale che, come è noto, in sede di omologazione opera un giudizio di legittimità formale.

11. In che senso deve allora essere realizzata la modifica delle clausole di mero gradimento, che siano oggi previste in statuti di società per azioni a base ristretta?

Un problema specifico si pone, al riguardo, per le clausole che sottopongano il trasferimento delle azioni al «consenso» di un organo sociale, senza espressamente indicare che il consenso è libero e insindacabile e cioè che esso esprime un «mero» gradimento. Sono clausole presenti in molti casi, in uno dei quali anzi una tale clausola statutaria ha dato luogo al giudizio definito con le sentenze di Cassazione del 1978 e del 1982. L'interpretazione storica di queste clausole, sulla base dell'intenzione comune delle parti che le hanno determinate (art. 1362 c.c.), conduce univocamente a dare loro il significato che con esse si intendeva sottoporre il trasferimento a un «consenso» e cioè a un atto libero negoziale o comunque avente le stesse caratteristiche, quanto a libertà di espressione, del consenso negoziale. Il nuovo requisito giuridico della rispondenza dell'atto di gradimento (che si manifesta con il consenso o con il rifiuto di esso) all'interesse sociale non può quindi essere ricondotto, secondo i canoni dell'interpretazione contrattuale, all'attuale tenore della clausola.

La conclusione sarebbe peraltro diversa e la clausola non richiederebbe una espressa modifica statutaria, se, con la giurisprudenza e con la più ampia dottrina, agli statuti societari si ritenessero applicabili, per quanto concerne la prevalenza della comune intenzione delle parti, non i canoni dell'interpretazione contrattuale soggettiva, ma quelli dell'interpretazione normativa oggettiva. In tal caso la clausola andrebbe interpretata, senza bisogno di precisazioni, in conformità a quanto

prescritto dalla nuova legge, che collega il consenso dell'organo competente, ove si esprima negativamente, alla ricorrenza dell'interesse sociale che richieda il sacrificio del socio uscente. Al limitato fine di rendere palese che l'organo competente si adeguerà per il futuro a quanto prescritto da un'interpretazione oggettiva dello statuto potrebbe essere solo opportuno che quell'organo assumesse una deliberazione in tal senso, seguendo il noto suggerimento di Dalmartello (dato peraltro con altri più generali intenti).

Ove questa interpretazione legittimante non fosse ritenuta possibile anche in relazione alle particolari formule adottate e comunque per tutte le clausole che espressamente prevedano la insindacabilità e la piena libertà del giudizio manifestato con l'atto di gradimento, la modifica statutaria non comporterà, sulla base di quanto sin qui osservato, la necessaria indicazione di predeterminati elementi specifici che consentano il rifiuto di gradimento, ma più ampiamente si esprimerà con il porre l'interesse sociale a parametro di giudizio dell'organo competente, limitando la facoltà di rifiuto ai soli casi in cui l'interesse della società lo richieda, in relazione al suo oggetto e alle concrete caratteristiche dell'organizzazione produttiva.

12. Non sembra infine che la nuova disciplina incida sulla disciplina legislativa speciale, che impone – non solo rende legittimo – il consenso di organi sociali al trasferimento delle azioni, là dove l'elemento personale e della fiducia permea la struttura giuridica societaria. In questi casi sul principio della piena trasferibilità dei titoli azionari prevalgono i principi personalistici già propri, nell'ambito delle società di capitali, delle società a responsabilità limitata, nelle quali il trasferimento delle partecipazioni può essere del tutto escluso (art. 2479, comma 1°, c.c.). Così restano in vigore, nella pienezza della loro portata, in quanto coerenti con la struttura legislativamente data allo specifico fenomeno, le norme che, per le cooperative, subordinano la cessione delle azioni all'autorizzazione degli amministratori (art. 2523, comma 1o, c.c.), ovvero che rendono intrasferibili senza il consenso degli amministratori le azioni di società fiduciarie o di revisione (art. 3, comma 2°, l. 23 novembre 1939, n. 1966) o le azioni, alle quali è connesso l'obbligo di prestazioni accessorie (art. 2345, comma 2°, c.c.).

13. In conclusione, emerge da quanto sin qui osservato che è stata sancita la «fine» delle clausole di «mero» gradimento, come si esprime la nuova disciplina, non delle clausole di gradimento tout court, che anzi vengono legittimate in conformità alle esigenze di un'economia capitalistica più matura, che si sottopone alla competizione anche nel ricambio del comando, ma richiede tutela, nel rispetto delle istanze del mercato, da pregiudizi ingiustificati all'azienda sociale.

Dalle ceneri delle clausole nell'interpretazione giurisprudenziale, queste ultime si riplasmano così e riprendono vita. Ricordando quindi le immagini proposte,

per le quali le clausole di gradimento si aggirerebbero nelle fortezze una volta imprendibili delle grandi imprese (Cottino) come fantasmi o *silhouettes* in controluce (Corsi) od ectoplasmi (Borgioli), raffigurerei la nuova situazione con una diversa figura: con quella mitologica della *fenice* che, secondo la descrizione di Erodoto, rinasce dalle sue ceneri.

Questo però nel presupposto – e nella speranza – che la mia esposizione abbia avuto qualche capacità persuasiva: onde non si debba invece dire con Metastasio che la clausola è «come l'araba fenice, che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa».

L'opa e la circolazione endogruppo delle partecipazioni di controllo (*)

1. Con riferimento alla esenzione da opa delle operazioni di trasferimento del controllo di società quotata nell'ambito del gruppo, l'art. 10, comma 12, legge 11 febbraio 1992, n. 149, prevede che «L'acquisizione del controllo di una società quotata nei mercati regolamentati derivante da operazioni effettuate tra società direttamente legate da rapporto di controllo ovvero direttamente controllate da una stessa e unica società, ai sensi dell'art. 2359, primo comma n. 1), del codice civile, non è soggetta alle disposizioni di cui ai commi 1,3, 7 e 8 del presente articolo».

L'interpretazione della norma si presenta non immediata, anche in relazione alla non chiara formulazione di essa ed al non agevole coordinamento con le altre previsioni dell'art. 10.

In particolare, la individuazione dell'ambito di operatività della disciplina dell'esenzione dall'opa per le operazioni intergruppo pone due specifici problemi interpretativi:

a) l'identificazione della nozione di «acquisizione del controllo di una società quotata», in presenza del quale opererebbe, ove non applicabile l'esenzione di cui al comma 12, l'obbligo di opa secondo il regime generale;

b) la riferibilità dell'inciso «ai sensi dell'art. 2359, primo comma, n. 1) del codice civile» al controllo della società quotata acquisenda, ovvero al rapporto tra le società del gruppo nell'ambito del quale si effettua l'operazione di trasferimento del controllo.

Il tema ha già avuto considerazione dalla dottrina, che peraltro è giunta a conclusioni opposte a quelle cui si cercherà di pervenire nel presente contributo ([1]).

([*]) Estratto dalla *Rivista delle società*, 1992, pp. 1249-1257.

([1]) GALGANO, *Gruppi di società, insider trading, opa obbligatoria, II – l'opa e la circolazione endogruppo delle partecipazioni di controllo*, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 642 ss.

2. Il concetto di «acquisizione del controllo» rilevante ai fini della applicabilità del comma 12 non è chiarito o specificato dalla norma stessa.

Va quindi subito rilevato, al riguardo, che la mancanza di ogni indicazione, nell'ambito del comma 12, in merito al significato della «acquisizione del controllo» conduce a ritenere che, per tale concetto, il legislatore abbia fatto rinvio alla nozione generale di acquisizione del controllo individuata dal 1° e 2° comma dell'art. 10, sì da conservare alla previsione del comma 12 un significato tecnico omogeneo e coerente con quello assunto nella disciplina, nella quale la norma specifica si inserisce.

In particolare, non potrebbe essere assunto, nell'interpretazione dell'esenzione da opa, un significato dell'espressione più ristretto di quello emergente nei due primi commi dell'art. 10, sì da ricomprendere nell'obbligo opa operazioni intergruppo estranee alle finalità e alle previsioni generali della legge.

Infatti, la disciplina dell'esenzione per le operazioni intergruppo ha lo scopo di non rendere necessaria l'opa per operazioni, per le quali, pur in presenza della configurabilità di un acquisto del controllo ricadente nella previsione generale, tuttavia, sul piano economico, la sostanziale unicità del gruppo (inteso, a tali fini, in accezione notevolmente ridotta) rende opportuno non ostacolare operazioni di riassetto di partecipazioni, che risultino neutre ai fini della tutela del mercato. Quella che è pertanto una norma agevolativa non può correttamente essere interpretata nel senso di aggravare, con riferimento al gruppo, gli oneri previsti dalla legge, includendovi operazioni, per le quali non siano individuabili operazioni di acquisizione del controllo, che comportino l'obbligo di effettuazione di opa nella disciplina generale.

Sulla base di tale conclusione diviene quindi necessario individuare i criteri di identificazione del controllo e delle operazioni di acquisizione di esso ai sensi dell'art. 10, commi 1 e 2 della legge.

Ora, la formulazione dell'art. 10, commi 1 e 2, non consente dubbi, in primo luogo, sulla circostanza che l'acquisendo controllo sulla assemblea ordinaria possa essere sia di fatto che di diritto. Ciò trova ragione nell'esigenza che anche le forme meno appariscenti (ma non per questo necessariamente meno efficaci o di minore incidenza sulla posizione degli altri azionisti) di acquisizione dell'esercizio del controllo diano possibilità agli azionisti estranei al controllo di essere compartecipi dei risultati economici del suo trasferimento.

La stessa *ratio* e l'esigenza di evitare facili forme di elusione della disciplina sono anche alla base della interpretazione data dalla Consob allorché, nel determinare i criteri di interpretazione della normativa con riguardo a particolari fattispecie, ha ritenuto di precisare che l'obbligo di opa sorge anche quando si acquisisca il controllo di società non quotata a sua volta controllante società quotata, con un'operazione che costituisca strumento di sostanziale ed esclusiva acquisizione del controllo della medesima società quotata («quando la partecipazione si-

gnificativa ai sensi dell'art. 10 del capitale di una società con titoli quotati in borsa o negoziati nel mercato ristretto venga acquisita attraverso l'assunzione del controllo di una società i cui titoli non sono quotati in borsa o negoziati al mercato ristretto, il cui attivo patrimoniale sia sostanzialmente rappresentato dalla suddetta partecipazione»: delib. Consob 10 giugno 1992, n. 6265, in G.U. 10 luglio 1992).

Si è, in altri termini, ritenuta la rilevanza, ai fini dell'obbligo di effettuazione di opa, delle forme indirette di acquisizione del controllo di società quotate quali si realizzano sia attraverso l'utilizzo di una o più società controllate per l'acquisizione di quote, ciascuna singolarmente non rilevante, del capitale della società quotata, sia attraverso l'acquisizione, in luogo di una partecipazione diretta nella società quotata, di una partecipazione al capitale della controllante non quotata, il cui attivo patrimoniale sia sostanzialmente costituito dalla partecipazione nella società quotata.

In secondo luogo, quanto alla tipologia di acquisizione, l'art. 10 della legge n. 149/1992, pur non specificando quali forme di acquisto del controllo siano rilevanti ai fini dell'obbligo di effettuare l'opa, postula una interpretazione ampia dell'obbligo, tendenzialmente estesa a qualsiasi forma di trasferimento del controllo.

In tal senso depone anche qui la *ratio* della disciplina, la cui funzione di assicurare a tutti gli azionisti analoghe opportunità economiche in occasione del trasferimento di una partecipazione significativa risulterebbe vanificata ove l'acquirente del pacchetto di controllo potesse aggirare l'obbligo di far partecipare anche le minoranze agli effetti economici della operazione, solo in virtù della scelta di un determinato meccanismo di trasferimento.

La Consob si è quindi espressa, nella ricordata deliberazione, in coerenza con le finalità dell'istituto, sia pure con riferimento a profili differenti, confermando la necessità di una interpretazione, che impedisca l'elusione della disciplina in presenza di comportamenti che, sul piano sostanziale, possano ricondursi alle previsioni generali dell'art. 10.

Inoltre, seppure con riguardo al caso di c.d. opa incrementale, il comma 7 dell'art. 10, nel prevedere l'obbligo di opa in capo a «chiunque abbia *comunque* acquisito» una partecipazione rilevante, sottolinea come nello spirito della legge debbano considerarsi ininfluenti le concrete modalità, con le quali il trasferimento si realizzi, non potendosi individuare, a tali fini, elementi discriminanti tra opa generale ed opa incrementale.

3. La nozione, per quanto ampia, di «acquisizione del controllo» accolta dalla legge trova peraltro, a mio avviso, due precisazioni di carattere generale.

La prima attiene a quello che può essere considerato il requisito minimo per la stessa configurabilità della fattispecie disciplinata dalla norma e cioè la necessità che possa identificarsi nell'operazione di trasferimento del controllo, quale che ne

sia la forma, una *acquisizione* del controllo, non essendovi una necessaria coincidenza tra i due concetti di trasferimento e di acquisizione.

La seconda attiene alla riconducibilità dell'acquisto del controllo alla volontarietà dell'operazione da parte dell'acquirente. Poiché nella disciplina legislativa assume rilevanza l'intenzione di acquisire il controllo e poiché le finalità della disciplina mal si concilierebbero con ipotesi di acquisto ove tale intenzione non sia ravvisabile (si pensi alla successione *mortis causa*) ne consegue che l'operazione non sarà soggetta all'opa se le concrete modalità del trasferimento non consentono di configurare un acquisto volontario del controllo.

Con riferimento, in particolare, al problema, rilevante nel caso, del rapporto tra le nozioni di trasferimento e di acquisto del controllo, si può osservare che le operazioni di trasferimento possono suddividersi, con riferimento ai soggetti tra i quali intervengono, in due categorie:

a) operazioni di trasferimento tra soggetti appartenenti a gruppi diversi e senza relazione o collegamento tra di essi;

b) operazioni di trasferimento tra soggetti che, pure giuridicamente distinti, appartengono ad un medesimo gruppo societario e sono legati tra loro attraverso vincoli di varia natura.

Ora, il problema della individuabilità di una «acquisizione» in senso tecnico del controllo, rilevante ai fini della disciplina opa, si presenta in modo diverso nel caso del trasferimento tra soggetti indipendenti ovvero nel caso di trasferimento intergruppo.

Nel primo caso, vi è una coincidenza piena tra trasferimento ed acquisizione del controllo di società quotata.

Nel secondo caso, invece, poiché il controllo, nel sistema della legge, può essere anche indiretto per il tramite di una o più controllata, laddove sussista tale ipotesi può verificarsi che con il controllo a catena più società dello stesso gruppo possono essere contemporaneamente considerate, sul piano giuridico, ciascuna controllante, in via diretta o indiretta, di una medesima società quotata. E ciò non è senza conseguenze ove si esamini l'effetto di operazioni intergruppo di trasferimento di pacchetti di controllo di società quotate sotto il profilo della configurabilità di un acquisto del controllo.

Infatti una analisi della tipologia delle possibili operazioni intergruppo aventi ad oggetto il trasferimento di partecipazioni in società quotate consente di individuare diverse ipotesi non tutte riconducibili al concetto generale di acquisizione del controllo e che (salvo ad immaginarne altre) possono così sintetizzarsi:

I) *ipotesi.* – Una società A acquista dalla propria controllata B (o da una subcontrollata di B) il pacchetto di controllo della società quotata C. In tale ipotesi, pur a fronte di uno spostamento del controllo diretto della società quotata C dalla società B (o sua sub controllata) alla società A, quest'ultima non acquisisce il controllo, che già aveva della società C, ma ne modifica la natura da controllo in-

diretto a controllo diretto, senza dar luogo in senso tecnico ad un acquisto di controllo.

II) *ipotesi.* – Una società A, controllante diretta di una società quotata C, trasferisce tale partecipazione ad una propria società controllata B (ovvero ad una subcontrollata della società B). In tale ipotesi, pur persistendo il controllo della società A sulla società quotata C, che si trasforma da diretto a indiretto, si realizza anche, sul piano tecnico, l'ipotesi di acquisizione del controllo della società quotata C da parte della società B (o di altra controllata di B), che, a seguito dell'operazione, diventa, per la prima volta, controllante di società quotata.

III) *ipotesi.* – Una società A controlla indirettamente, attraverso due società controllate B e D (o attraverso più controllate oltre alle società B e D) una società quotata, senza che nessuna delle società che possiedono partecipazioni nella società quotata C abbia il controllo di quest'ultima. In seguito ad operazioni di acquisto dalle altre società del gruppo la società B acquista il controllo della società quotata C. In tale ipotesi, fermo il controllo indiretto già preesistente della società A sulla società quotata C, la società B effettua una operazione suscettibile di configurare l'acquisizione di controllo di società quotata.

Sulla base delle ipotesi delineate emerge pertanto che, ove si abbia presente la rilevanza, ai fini della legge sull'opa, anche del controllo indiretto, a fronte del trasferimento intergruppo del controllo di società quotate non sempre è possibile ravvisare anche gli estremi per l'esistenza in senso tecnico di una forma di acquisizione del controllo, che costituisce il solo dato rilevante per la sussistenza dell'obbligo di effettuare l'opa.

In particolare, così come non può dar luogo ad obblighi di sorta la trasformazione del controllo da preesistente controllo di fatto a controllo di diritto posto che in tale ipotesi la finalità di acquisizione del controllo è esclusa dal preesistente controllo esercitato, seppure in via di fatto, da chi voglia incrementare e rafforzare tale controllo, allo stesso modo deve ritenersi irrilevante, nel sistema generale disciplinato dall'art. 10, commi 1 e 2, la trasformazione del controllo da indiretto a diretto. Anche in tale caso infatti al trasferimento di una partecipazione rilevante non corrisponde in capo all'acquirente una acquisizione del controllo in senso tecnico, ma solo una diversa modalità di esercizio di un preesistente controllo, che, con ogni evidenza, non pone alcun problema di tutela delle minoranze e di loro coinvolgimento nelle operazioni di acquisizione del controllo di società quotata.

Ne consegue che non tutte le ipotesi di spostamento del controllo intergruppo sono riconducibili, secondo l'interpretazione dei commi 1 e 2 dell'art. 10, al concetto di «acquisizione del controllo di una società quotata», bensì solo quelle in cui l'acquirente, non rivestendo in precedenza la qualità di controllante diretto o indiretto, venga a trovarsi in una situazione nuova di controllo astrattamente riconducibile all'art. 10 comma 1. Solo in presenza di tale situazione scatta l'obbli-

go di opa, salva la riscontrabilità, nel caso concreto, di una ipotesi specifica di esenzione ai sensi del comma 12.

Nessun obbligo di opa è invece ravvisabile, in base alla disciplina generale, in caso di situazione di controllo preesistente in capo all'acquirente della partecipazione che venga trasferita all'interno del gruppo, posto che, ai fini della legge n. 149/1992, il precedente controllo rende neutri gli effetti delle operazioni successive.

4. Così individuata, sulla base della interpretazione dell'art. 10, commi 1 e 2, la fattispecie dell'acquisizione del controllo di società quotata rilevante ai fini dell'obbligo di effettuare l'opa, si può valutare la portata del regime derogatorio previsto dal comma 12 con riferimento alle operazioni intergruppo.

Al riguardo, l'utilizzazione, anche nell'ambito del comma 12, del concetto di acquisizione del controllo, quale emerge dalla disciplina generale dell'opa, consente di formulare le seguenti prime conclusioni:

a) l'obbligo di opa sorge solo in presenza di operazioni di acquisizione, in senso tecnico, del controllo di società quotata;

b) non configurano operazioni di acquisizione del controllo di società quotata, come tali sottoposti in linea generale ad obbligo di effettuazione di opa preventiva o successiva, i trasferimenti intergruppo di partecipazioni in società quotate se la società acquirente era già, prima del trasferimento, controllante diretta o indiretta della società quotata, essendosi, in tale ipotesi, in presenza di una mera diversa allocazione del controllo intergruppo senza che la controllante/acquirente, che in ultima istanza è il soggetto effettivamente in grado di esercitare il potere di controllo, abbia di fatto modificato il preesistente controllo sulla società quotata;

c) configurano operazioni di acquisizione del controllo, come tali sottoposte ad obbligo di opa in virtù della disciplina generale, le operazioni di spostamento del controllo nell'ambito del gruppo, allorché la società acquirente non poteva già essere qualificata, anche prima del trasferimento, controllante diretta o indiretta della società quotata;

d) solo per tale ultima categoria di operazioni può trovare applicazione, ove ricorrano i requisiti previsti dalla legge, l'esenzione prevista dal comma 12.

Si può, a questo punto, esaminare l'ulteriore problema circa la riferibilità del requisito del controllo di diritto di cui al comma 12 al rapporto tra le società che compiono l'operazione, ovvero, in via alternativa, alla società quotata oggetto del trasferimento.

Sul piano letterale, pur in mancanza di elementi determinanti, la fattispecie «controllo di diritto» sembra essere riferibile più agevolmente, per la sua collocazione testuale, anziché alla società oggetto di acquisizione, al rapporto che lega tra di esse le società del gruppo, tra le quali interviene l'operazione ed al rapporto che lega queste società ad una stessa società controllante.

Tale interpretazione trova conferma anche sul piano della *ratio* della disciplina, se è vero che l'obbligo di opa non trova ragionevole giustificazione per quelle operazioni di spostamento del controllo all'interno di un gruppo societario, che, pur integrando, sul piano formale, gli estremi previsti dalla legge, sul piano economico non possono essere considerate, anche alla luce di una considerazione unitaria del fenomeno del gruppo, come una forma di effettiva acquisizione del controllo, né rispondono necessariamente alla logica del pagamento di un premio di maggioranza correlato all'acquisizione del controllo. Ciò si verifica appunto quando la capogruppo conserva immutato il controllo della società quotata e quindi, sul piano economico, l'operazione di trasferimento intergruppo non aggiunge o toglie nulla alla realtà del complesso unitario.

In presenza di tale situazione economica è ragionevole che legislativamente si sia considerato non sussistente, o comunque non rilevante al punto da confermare la necessità di opa, l'interesse degli altri azionisti della società quotata – in ultima istanza del mercato – a beneficiare di un premio di maggioranza, che il gruppo o non paga o paga a se stesso.

In altri termini, la funzione assolta dal comma 12 è quella di creare un regime di favore per quelle operazioni societarie, che, pur ricadendo nella generale previsione normativa di «acquisizione del controllo di una società quotata» (e come tali destinate ad essere considerate soggette ad obbligo di opa in mancanza di espressa deroga legislativa), non configurano nella sostanza economica una reale forma di modificazione dell'assetto del controllo rilevante per il mercato e per le quali quindi non si ponga l'esigenza legislativa di far beneficiare del c.d. premio di maggioranza anche gli altri azionisti della società quotata di cui venga acquisito il controllo (per tale *ratio* esplicitamente la deliberazione interpretativa della Consob, n. 6265, *cit.*).

Tuttavia, nell'ambito di tale *ratio*, *è* comprensibile che la deroga, al fine di evitare dubbi sulle singole operazioni ed una dilatazione del regime derogatorio, sia stata limitata alle sole operazioni compiute all'interno di un nucleo societario ristretto e quindi, secondo la previsione del comma 12, ai soli trasferimenti compiuti tra controllante di diritto e una diretta controllata ovvero tra controllate dirette di una medesima controllante di diritto.

Diversamente, la stessa natura, non sempre esattamente percepibile, del fenomeno del controllo di fatto per influenza dominante, secondo la nuova formulazione dell'art. 2359, 1° comma, n. 2, cod. civ., potrebbe consentire elusioni della disciplina, prestandosi a distorsioni, che il legislatore ha mostrato di non consentire nel momento stesso in cui non ha previsto una generale deroga dall'obbligo di opa per le operazioni intergruppo.

Per converso, un'interpretazione, che riferisca il controllo di diritto all'oggetto del trasferimento anziché al rapporto tra le società che compiono l'operazione intergruppo, non sembra trovare sul piano della *ratio* una convincente giustificazione.

Tale interpretazione, infatti, comporterebbe l'assoggettamento ad opa nel caso di acquisizione del controllo di fatto all'interno del gruppo (non ricorrendo in tal caso l'esenzione ex art. 10, comma 12), mentre l'acquisizione del controllo di diritto sarebbe esente da obbligo di opa, con una disparità di trattamento priva di ragionevole giustificazione sia nella visione economica unitaria del gruppo sia nell'ottica della tutela degli azionisti di minoranza della società quotata.

Infatti, sotto il primo aspetto, un'operazione di trasferimento del controllo di fatto all'interno di un gruppo societario ha lo stesso significato neutro, quanto a permanenza dell'esercizio dei poteri di direzione all'interno del gruppo, del trasferimento del controllo di diritto e non ha quindi normalmente altra ragion d'essere che una razionalizzazione imprenditoriale dell'assetto del gruppo.

Sotto il secondo aspetto della tutela degli azionisti risparmiatori, poi, non è agevole riscontrare diversità di aspettative a beneficiare del premio di maggioranza e diverse ragioni di tutela in capo a tali azionisti, a seconda che essi partecipino al capitale sociale della società quotata in misura superiore o inferiore al 50%, quando – come appena rilevato a proposito delle ragioni imprenditoriali dell'operazione – non muta in alcun modo la posizione del soggetto economico esercitante il controllo di gruppo.

D'altro canto, tale interpretazione condurrebbe anche alla esenzione da opa per operazioni effettuate da un gruppo, che fosse legato da vincoli di mero controllo di fatto, estendendo l'esenzione a situazioni, il cui concreto accertamento sarebbe soggetto a valutazioni fortemente discrezionali in merito alla ricorrenza del requisito dell'influenza dominante.

Appare pertanto aderente alla lettera ed allo spirito della norma interpretare il comma 12 nel senso di esonerare dall'obbligo di opa ogni operazione di trasferimento del controllo sia diretto che indiretto, di fatto o di diritto, purché intercorrente tra società direttamente legate da rapporto di controllo di diritto ovvero tra società entrambe controllate di diritto da una medesima società.

In altri termini, l'inciso «ai sensi dell'art. 2359, primo comma, n. 1) del codice civile» non va riferito al controllo della società quotata acquisenda, ma al rapporto tra le società del gruppo nell'ambito del quale si effettua l'operazione di trasferimento del controllo.

Responsabilità amministrativa nei gruppi societari (*) (**)

1. Nei gruppi di società, il tema della responsabilità degli amministratori e, di riflesso, del collegio sindacale come organo di controllo di legalità dell'amministrazione propone come fondamentale nucleo di indagine, sia a fini giuridici che pratici, l'esame della portata della disciplina del conflitto di interessi ex artt. 2373 e 2391 c.c. allorché sia riferita ai gruppi.

Va subito avvertito che non si propone con ciò il tema generale delle decisioni e delle operazioni deliberate dagli organi collegiali delle controllate e prese nell'interesse particolare della capogruppo in contrasto con l'interesse della società controllata. Con riferimento a tali decisioni il gruppo si pone come mera realtà di fatto, in cui la problematica della responsabilità coincide con la portata della generale responsabilità degli amministratori per operazioni prese in conflitto di interessi. Non si prendono quindi qui in considerazione, in generale, operazioni intragruppo poste in essere senza adeguato corrispettivo o a condizioni economiche a danno della controllata e a vantaggio della controllante. In tal caso il rilievo della situazione di gruppo deriva solo dalla circostanza di fatto che il conflitto di interessi potrebbe non sussistere se la congruità delle complessive condizioni economiche dell'operazione deriva anche da negozi collegati o da utilità connesse alla prestazione principale eventualmente derivanti dalla stessa partecipazione al gruppo.

2. Il problema giuridico specifico, che si propone per i gruppi societari, è invece se siano legittime operazioni ispirate non ad un interesse particolare della capogruppo, ma *all'interesse generale dell'intero gruppo societario*, per il miglior conseguimento dell'unitario interesse alla stabilità o allo sviluppo del gruppo, e che richiedano, come è possibile, il sacrificio dell'interesse particolare di una delle componenti del gruppo.

(*) Estratto dalla *Giur. comm*., 1993, I, pp. 841-855.

(**) Relazione tenuta a Brescia il 24 settembre 1993 al VII convegno Regionale di Studio «Responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle società commerciali».

Per tali situazioni, ricorrenti frequentemente nei gruppi societari, il progetto di IX direttiva comunitaria prevede, nel caso che sia stato stipulato un contratto quadro (di affiliazione) tra capogruppo e controllate, in primo luogo la rilevanza del solo danno attuale (e non di quello meramente potenziale) e, in secondo luogo, a favore dei soci di minoranza della controllata o una facoltà di recesso o una forma di compensazione equitativa annuale come corrispettivo del pregiudizio derivante dalla gestione della società in una politica di gruppo; prevede ancora, a favore dei creditori della società danneggiata, una responsabilità sussidiaria della capogruppo per tutte le obbligazioni assunte dalla controllata. In assenza del contratto, che disciplini i rapporti all'interno del gruppo societario, la responsabilità della capogruppo non ha carattere sussidiario, ma deriva da una diretta violazione di obblighi e impone di risarcire – alla controllata, ai singoli soci di essa e a ciascun creditore sociale non soddisfatto – ogni danno derivante anche da errori di gestione commessi in dipendenza dell'intervento della capogruppo. In tal caso, la responsabilità della capogruppo comporta anche la responsabilità di ciascun componente l'organo gestorio di essa, salvo che egli dimostri che l'intervento dannoso non può essergli imputato.

In altri termini, l'interesse unitario del gruppo diviene perseguibile a danno delle singole componenti solo sulla base di un contratto quadro e con adeguata compensazione, peraltro non direttamente della controllata (che, se vi fosse, farebbe venir meno la stessa problematica della responsabilità per operazioni intragruppo), ma dei soci di minoranza e dei creditori di essa. In assenza del contratto, la responsabilità della capogruppo e dei suoi amministratori si estende anche agli errori di gestione.

3. La prossima disciplina comunitaria sui gruppi conferma che, al di fuori di una generale regolamentazione contrattuale dei rapporti intragruppo con adeguate forme di compensazione dei pregiudizi subiti per effetto della politica di gruppo, un generale interesse unitario del gruppo non è legittimamente perseguibile a danno delle società controllate. E tale conclusione è pienamente giustificata da un punto di vista razionale, poiché non può affermarsi la perseguibilità di un generale interesse unitario di gruppo in presenza di patrimoni distinti su cui concorrono distinte aspettative giuridiche di creditori e di soci di minoranza, che trovano garanzia solo nei singoli patrimoni vincolati alla soddisfazione di quei diritti e quindi nella corretta gestione di quei patrimoni. D'altra parte, se, a fronte del perseguimento di un interesse unitario, i singoli patrimoni fossero vincolati alla soddisfazione indistinta delle aspettative di tutti i creditori e soci del gruppo, non si sarebbe più in presenza, sul piano giuridico, di un gruppo (e cioè di autonomie societarie), ma di un unico centro di imputazione di posizioni giuridiche e di garanzie patrimoniali: si sarebbe in presenza di un'unica società, come tale priva – sotto il profilo imprenditoriale – di quei caratteri di autonomia e di flessibilità gestionale, che provocano la scelta operativa del gruppo societario.

Il discorso sin qui condotto riguarda peraltro la rilevanza (oggi, la irrilevanza) giuridica di un generale interesse unitario di gruppo all'attività e allo sviluppo dell'intero complesso imprenditoriale. Già attualmente tuttavia è giuridicamente ricostruibile un legittimo perseguimento di interesse di gruppo, con conseguente legittima attività degli amministratori sia della capogruppo che delle società controllate.

Nell'operatività dei gruppi societari è infatti rinvenibile un nucleo centrale minimo di finalità dell'intero gruppo – e, in primo luogo, della capogruppo – tendente al «risultato di imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate» (come si esprime la nota sentenza di Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, resa nel caso Caltagirone), realizzando una unità strategica nelle «più generali scelte globali e gestionali di gruppo» e un coordinamento nella politica finanziaria del gruppo e delle sue componenti. Il perseguimento di tali finalità risponde a un palese interesse della *holding* e delle controllate, «corrispondendo alle più moderne esigenze organizzative e funzionali delle imprese di grandi dimensioni in un'economia di mercato in fase avanzata». Si propone quindi, in primo luogo, il problema se, sul piano giuridico, possa essere realizzato un modello organizzativo di gruppo, che consenta di conseguire tali finalità, e cioè se, in tali limiti, sia considerata meritevole di tutela e legittima un'attività di direzione unitaria da parte della capogruppo, attraverso cui si imponga agli organi delle società operative, senza responsabilità per gli amministratori di queste, «di uniformarsi alle più generali scelte globali e gestionali di gruppo, formulate dagli organi gestori della controllante». In secondo luogo, ci si può domandare se tale specifico interesse unitario perseguito dalla capogruppo e incidente sull'operato degli amministratori delle controllate si ponga come elemento dello stesso interesse sociale dell'una e delle altre e quindi escluda la riferibilità, in tali situazioni, della disciplina del conflitto di interessi.

Infine, ci si deve chiedere se, nell'ordinamento vigente, esistano contrappesi adeguati a tale riconoscimento dell'influenza continuativa della capogruppo sugli indirizzi gestionali delle controllate, con un indubbio affievolimento, per questo verso, dell'autonomia decisionale degli amministratori di queste società. La risposta, al riguardo, è positiva, nel senso che la recente disciplina riferibile ai grandi gruppi societari ha creato un triplice fattore di riequilibrio a tutela dei soci di minoranza e dei creditori, in definitiva, del mercato. Esso è costituito dalla disciplina del bilancio consolidato, dalla conseguente accentuazione delle responsabilità di amministratori e sindaci e dalla responsabilità delle società di revisione e di certificazione di bilancio. Anche di tali strumenti di operatività del nuovo modello organizzativo societario dei gruppi si dovrà pertanto dare qui conto.

4. Quanto al primo problema circa la legittimità di una attività permanente di direzione unitaria da parte della capogruppo impegnativa per gli amministratori

delle società controllate, esso è stato positivamente risolto, nel diritto giurisprudenziale vivente, dalla sentenza di Cassazione appena ricordata. Essa infatti non ha bensì riconosciuto la rilevanza giuridica di un generale interesse unitario del gruppo, che possa essere ritenuto legittimante possibili sacrifici delle singole componenti del gruppo, ma tuttavia – con orientamento innovativo e aderendo ad un orientamento già delineatosi in dottrina – ha affermato la legittimità di una direzione unitaria del gruppo da parte della *holding* per quanto concerne appunto le «generali scelte globali e gestionali di gruppo, formulate dagli organi gestori della controllante ... potendo essere gli obiettivi di gruppo perfettamente compatibili con gli interessi delle singole controllate», che dall'appartenenza al gruppo vedono potenziate le loro possibilità operative. Ciò significa che è stato riconosciuto legittimamente perseguibile *uno specifico interesse di gruppo* tendente al risultato della unità di indirizzo e di azione di tutte le componenti del gruppo attraverso un'attività di direzione strategica della capogruppo e di coordinamento finanziario.

L'interpretazione sistematica, che ha portato al riconoscimento di tale interesse unitario e della legittimità della direzione unitaria tendente al suo conseguimento, è stata fondata, sul piano legislativo, sull'art. 2361 c.c., che individua una possibile modifica sostanziale dell'oggetto sociale della *holding* in dipendenza della misura e dell'oggetto della partecipazione posseduta, nonché sull'art. 2429-*bis* c.c., che, ai fini della relazione di bilancio degli amministratori, contempla testualmente una operatività della stessa *holding* attraverso le società da essa controllate.

Si ha cura peraltro, in tale giurisprudenza, di riaffermare, sul piano delle responsabilità patrimoniali, che il riconoscimento della rilevanza giuridica del gruppo resta pienamente coerente con l'autonomia soggettiva e patrimoniale delle singole componenti in cui il modello di gruppo si articola. In altri termini, correttamente non viene postulata una autonomia soggettiva del gruppo.

Si ha ancora cura di precisare che l'esercizio della direzione unitaria non rappresenta di per sé una fonte di responsabilità solidale della *holding* (e dei suoi amministratori) per le obbligazioni delle società controllate. Resta fermo che un'«eventuale responsabilità della *holding* per le obbligazioni delle società operative può tutt'al più individuarsi in base all'art. 2362 c.c., sempre che la capogruppo assuma la veste, effettiva ed apparente, di socia unica delle società controllate», mentre eventuali situazioni di «abuso di maggioranza» o di «usurpazione di poteri gestori o di controllo trovano «disciplina e sanzione in forme tipiche della singola attività e diverse dalla responsabilità patrimoniale per obbligazioni sociali» (Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439).

Quanto alle situazioni abusive, la successiva sentenza di Cassazione, che pure da autorevole dottrina è stata interpretata come regressiva sul tema del riconoscimento giuridico dei gruppi (Galgano), ha sottolineato esattamente che il limite al perseguimento dell'interesse di gruppo è rappresentato dalla disciplina del

conflitto di interessi (Cass., 8 maggio 1991, n. 5123), poiché è certo che «si evidenzia un'esigenza primaria, che è – nell'attuale sistema positivo – quella di tenere conto della soggettività giuridica distinta di tutte le società del gruppo e di rispettare l'interesse sociale di queste, che può essere coordinato, ma non cancellato, in vista di un interesse superiore del gruppo, il quale deve essere ulteriore, ma non per questo confliggente, rispetto a quello delle imprese collegate». Per conseguenza, ai fini della responsabilità degli amministratori, «va valutato il comportamento che la legge e l'atto costitutivo impongono, cosicché essi rispondono verso la società di cui sono mandatari dei danni derivanti dalla inosservanza dei loro doveri, senza che sia possibile stemperare in una valutazione globale il pregiudizio derivato dalla *mala gestio* quando al danno della società amministrata corrisponda il vantaggio di altra società del gruppo, non preventivamente accettato».

5. Viene così confermata la centralità della disciplina del conflitto di interessi per i gruppi societari, per i quali la portata di tale disciplina non può essere stemperata per effetto del riconoscimento della legittimità della direzione unitaria di gruppo. E tuttavia vero che, nell'applicazione ai gruppi, la disciplina legislativa pecca per difetto e, se non adeguatamente interpretata, anche per eccesso.

Avevo già avuto occasione di rilevare (1986) che «essa abbraccia solo un segmento – e neppure quello più rilevante – della problematica», poiché comprende solo i conflitti deliberativi «mentre non sanziona il conflitto nell'attività amministrativa delegata e in quella affidata alla direzione tecnica tramite le competenze inerenti alle mansioni inerenti ai rapporti di lavoro subordinato: dove invece si realizza, in concreto, l'attività di direzione unitaria del gruppo e quindi il rischio di conflitti tra gli interessi in questione». Si aggiunga che la legittimazione all'impugnazione delle deliberazioni consiliari spetta solo agli amministratori assenti o dissenzienti e al collegio sindacale e non ai soci di minoranza lesi dal comportamento illegittimo.

La disciplina potrebbe anche peccare per eccesso se riferita ai gruppi. Infatti, nella disciplina del conflitto di interessi amministrativo, è disposto un obbligo di astensione, penalmente sanzionato (art. 2631^{1} c.c.), per gli amministratori in conflitto, indipendentemente dal requisito della potenzialità di danno della deliberazione, in presenza della quale la responsabilità dell'amministratore è aggravata (art. 2631^{2} c.c.). La disciplina è diversa da quella posta per il conflitto di interessi assembleare (art. 2373 c.c.), per la quale i soci possono perseguire liberamente in assemblea i propri interessi personali, sino al limite del danno potenziale per la società (art. 2373 c.c.) e pertanto all'inosservanza del divieto di voto non corrisponde alcuna sanzione se la deliberazione presa non è idonea a recare danno. Gli amministratori invece, in virtù dell'incarico fiduciario ricevuto, sono tenuti a perseguire esclusivamente l'interesse della società da essi gestita.

In un'interpretazione rigida delle disposizioni in tema di conflitto di interessi amministrativo, l'obbligo di astensione potrebbe scattare in presenza di situazioni tipiche e astratte di conflitto, con la conseguenza, ad esempio, che nella società controllata tutti gli amministratori designati dalla controllante dovrebbero astenersi in presenza di proposte di delibera concernenti un interesse della controllante derivante dalla politica di gruppo. Nessuno potrebbe votare, neppure al fine di prendere una decisione pienamente rispettosa dell'interesse della controllata.

Si è però osservato che le norme sul conflitto di interessi, così interpretata, porterebbero alla pratica paralisi della società (Trib. Roma, 20 marzo 1976, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 643 ss.), ovvero alla paradossale situazione di affidare il governo della società controllante ai soci di minoranza e agli amministratori da questi espressi, con l'ingiustificato sacrificio di ogni logica imprenditoriale di gruppo (Mengoni; Tullio) o infine condurrebbero più probabilmente all'elusione della disciplina, con trasferimento delle decisioni nella sede, libera da vincoli, dell'amministrazione delegata o dell'esercizio di mansioni tecniche.

Quella rigida interpretazione non appare, peraltro, necessaria, così come non occorre, per una equilibrata soluzione, postulare né l'omologazione dell'interesse sociale della capogruppo all'interesse delle controllate (Galgano), né una modifica della disciplina per i gruppi (Mignoli).

Infatti, diversamente che nella formula legislativa del conflitto assembleare, che ha riguardo alla deliberazione assembleare (art. 2373 c.c.), negli artt. 2391 e 2631 c.c. sul conflitto di interessi amministrativi si fa espresso riferimento all'interesse dell'amministratore, per conto proprio o di terzi «in una determinata operazione». Di qui la conclusione, fatta propria anche dalla giurisprudenza, per la quale il conflitto, per dare luogo all'obbligo di astensione, deve essere *effettivo e concreto* con riguardo alla specifica operazione economica proposta. Nello stesso senso è il recente orientamento della Banca d'Italia nelle istruzioni di vigilanza concernenti il gruppo creditizio, per la quale non ricorre l'obbligo di astensione in capo ai consiglieri di amministrazione per il solo fatto che essi ricoprano il medesimo ufficio nella controllante e nella controllata.

6. L'evoluzione interpretativa realizzata dalla Cassazione, per la quale è perseguibile, nei limiti descritti, un interesse unitario di gruppo, ha un duplice significato. Del primo si è appena detto: è legittimo l'esercizio continuativo di una direzione unitaria vincolante per gli amministratori delle società controllate sino al limite del conflitto di interessi. Il secondo significato attiene al valore del nuovo principio della direzione unitaria di gruppo nell'assetto organizzativo societario, fissato, per le società di capitali, con norme inderogabili in dipendenza della stretta correlazione esistente, a tutela dei terzi, tra responsabilità limitata e articolazione organizzativa di poteri e competenze.

Infatti, l'affermazione di legittimità della direzione unitaria, pur nei limiti descritti, significa l'abbandono del principio di ordine pubblico, per il quale la tripartizione legislativa organica delle società per azioni (assemblea, amministratori, collegio sindacale) esaurisce ogni strumento di articolazione organizzativa delle società di capitali: principio da cui discendeva l'illegittimità di qualsiasi influenza extrassembleare del socio nella gestione societaria. In questa prospettiva si scorge come il fenomeno del gruppo, con la direzione unitaria che esso comporta per essere tale, rappresenta non l'emersione di una problematica concernente l'autonomia patrimoniale delle singole società, che resta piena sotto ogni aspetto, ma appunto l'affermazione della legittimità dell'influenza extrassembleare della società capogruppo, che non si esprime più solo nelle assemblee delle società controllate e, tramite gli amministratori di queste, nelle assemblee delle subcontrollate. Tale influenza extrassembleare, ritenuta in precedenza in contrasto con l'articolazione imperativa delle competenze negli organi societari, è ora retta, secondo il nuovo indirizzo del S.C., dal generale principio dell'autonomia negoziale, in quanto tale «modello organizzativo» adempie ad una funzione meritevole di tutela giuridica *ex* art. 1322 c.c. (Cass., 26 gennaio 1990, n. 1439) ed incide legittimamente sullo stesso modulo organizzativo delle società di capitali fissato dal legislatore del 1942.

Dal tramonto del principio della necessaria competenza assembleare nei gruppi di società derivano rilevanti conseguenze di ordine giuridico-pratico. La società capogruppo diviene titolare di un potere extrassembleare di grande rilievo concreto, in quanto attiene alle più generali scelte gestionali e finanziarie, che di per sé costituiscono la competenza più gelosa degli amministratori delle controllate. Tale potere, una volta costituito con l'esercizio effettivo e cioè con un comportamento tacito a carattere negoziale, investe la capogruppo della titolarità di un *potere-dovere* di influenza nella gestione delle singole società del gruppo. Esso si inserisce quindi nello stesso modello giuridico organizzativo della *holding* e delle società del gruppo, con una più articolata determinazione di competenze di quella risultante dalla lettura del codice civile e con una subordinazione giuridica, nei limiti delineati, degli organi amministrativi e di controllo delle società controllate. In coerenza con tale ricostruzione appare quindi da condividere la prescrizione regolamentare della Banca d'Italia che, per il gruppo creditizio, richiede che l'appartenenza al gruppo e cioè appunto la sottoposizione al potere-dovere di direzione unitaria dell'ente capogruppo sia inserita nel modello organizzativo fissato dai singoli statuti delle società del gruppo (Istruz., cap. 52). Si conferma, anche nei confronti dei terzi, che lo specifico interesse di gruppo a una gestione coordinata è divenuto componente dell'interesse sociale di ciascuna società del gruppo.

Ciò significa che la titolarità del potere-dovere di direzione unitaria ha carattere *lato sensu* organico per le singole società in cui esso si esercita e che pertanto la responsabilità degli amministratori della *holding* per l'esercizio abusivo della

direzione unitaria (e cioè al di là dei limiti descritti) è sottoposta, anche nei confronti delle società controllate, al regime della responsabilità c.d. contrattuale e non a quello della responsabilità da illecito: cioè, in concreto, tale responsabilità è retta dai principi della prova fissati negli artt. 1218 ss. e non nell'art. 2043 c.c.

Dai passaggi argomentativi sin qui fatti appare però chiaro che la conclusione raggiunta non deriva, diversamente da quanto potrebbe apparire dal dibattito dottrinale, dall'interpretazione dell'art. 3 1. 3 aprile 1979, n. 95 (c.d. legge Prodi), che, nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e nell'ipotesi di esercizio di direzione unitaria ha sancito la responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo con gli amministratori della società in amministrazione straordinaria. La legittimità della direzione unitaria nei gruppi non deriva infatti dalla norma contenuta nella legge Prodi, che non prende alcuna posizione al riguardo limitandosi a stabilire una specifica sanzione in una situazione particolare. Essa deriva piuttosto, come sin qui osservato, da una reinterpretazione sistematica, confermata dalla giurisprudenza di Cassazione, del ruolo degli organi assembleari e amministrativi nell'ambito dei gruppi societari e dalla conseguente attenuazione del divieto di influenza sulle decisioni gestionali di competenza degli amministratori delle società controllate. Da tale reinterpretazione discende appunto il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità degli amministratori della *holding* in caso di esercizio abusivo del potere di direzione unitaria, mentre, in un'ottica limitata all'interpretazione della norma sanzionatoria contenuta nella legge sull'amministrazione straordinaria, poteva apparire preferibile qualificare la responsabilità stabilita dall'art. 3 della legge come conseguenza di una induzione all'inadempimento da parte degli amministratori della *holding* e quindi come illecito extracontrattuale, con il più gravoso onere della prova a carico dei soggetti legittimati all'azione di responsabilità.

7. Come è noto, l'inserimento della direzione unitaria nel modello giuridico organizzativo dei gruppi non è solo legittimo attraverso gli strumenti dell'autonomia privata, ma, nello specifico settore creditizio, è legislativamente prescritto. In tale settore, il riconoscimento di un interesse sociale specifico riguardante l'intero gruppo creditizio e costituito dall'interesse *alla stabilità patrimoniale* del gruppo ha carattere normativo.

Infatti, la legge delega 30 luglio 1990, n. 218 (art. 5), demandava al Governo di fissare «i poteri di direzione che la capogruppo dovrà esercitare ai fini della vigilanza bancaria», disponeva che tale vigilanza avesse carattere di «vigilanza consolidata» non solo «d'ordine informativo», ma anche «regolamentare e di disciplina delle situazioni di crisi», e prevedeva conseguentemente il potere della Banca d'Italia di impartire istruzioni e il dovere della capogruppo di esercitare i poteri di direzione «nell'interesse della stabilità del gruppo». Il decreto legislativo di attuazione 20 novembre 1990, n. 356 (ora il t.u. delle leggi in materia bancaria e

creditizia, art. 60 ss.) stabilisce quindi che «la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo» (art. 25). Nella stessa norma si aggiunge, con riferimento agli obblighi degli amministratori delle società controllate, che essi «sono tenuti a fornire ogni dato e informazione per l'emanazione delle disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata». Ancora si precisa (art. 30) che le istruzioni della Banca d'Italia, cui consegue il dovere della capogruppo di esercitare l'attività di direzione sulle controllate, concernono sia il gruppo creditizio complessivamente considerato, sia singole società del gruppo ed hanno ad oggetto le relative situazioni ed attività, con riguardo all'adeguatezza patrimoniale, alla detenzione di partecipazioni e al contenimento del rischio, anche con riferimento all'organizzazione amministrativo-contabile e ai controlli interni delle società. Infine, si conferma che la costante attività di direzione e coordinamento rappresenta non una facoltà, ma un obbligo della capogruppo, con la previsione delle sanzioni dell'amministrazione straordinaria e, nei casi più gravi, della liquidazione coatta amministrativa della *holding* (arti. 32 e 33), nonché di sanzioni amministrative a carico degli esponenti responsabili (art. 43).

È stato tuttavia subito chiarito (Schlesinger, Minervini) che, sia nella legge che nelle istruzioni dell'organo di vigilanza, non è stato istituito un potere generale della capogruppo di direzione e di coordinamento e non è stato quindi riconosciuto un interesse generale del gruppo, cui le singole componenti debbano uniformarsi. Vi è solo il riconoscimento legislativo di un interesse sociale specifico, presente sia nelle *holding* che nelle singole società del gruppo, alla stabilità patrimoniale dell'intero gruppo. Ne consegue la doverosità, per gli organi amministrativi delle controllate, di perseguire quell'interesse subordinando le loro decisioni alle direttive emanate dalla capogruppo per la concreta realizzazione di esso.

All'inadempimento a tali obblighi degli amministratori delle società del gruppo farà riscontro, nei confronti della società da essi amministrata, la loro responsabilità c.d. contrattuale *ex* art. 2391 c.c., nonché la responsabilità del collegio sindacale per omessa vigilanza *ex* art. 2403 c.c. Per quanto riguarda peraltro il dovere degli amministratori delle controllate di dare esecuzione alle direttive della capogruppo resta fermo, in senso opposto, il loro obbligo di non eseguire prescrizioni in contrasto con l'interesse sociale della società da essi amministrata. L'integrazione dell'interesse alla direzione unitaria nella stessa nozione di interesse sociale non comporta infatti che con la direzione unitaria si possano imporre al consiglio di amministrazione o all'amministrazione delegata comportamenti in contrasto con altre componenti dell'interesse della società controllata.

Anzi, dal delineato modello organizzativo-imprenditoriale di gruppo la Banca d'Italia ha fatto conseguire che «va tenuto presente l'affidamento che i terzi fanno

nella circostanza che la capogruppo normalmente risponde delle obbligazioni assunte dalle singole componenti il gruppo» (Istruz., cap. 52). Ma, al riguardo, va subito osservato che il puntuale adempimento dei doveri di direzione unitaria da parte della capogruppo non può essere fonte di responsabilità per essa, ove tale responsabilità non derivi da altro titolo fissato dalla legge. Quindi, poiché, come sopra ricordato, allo stato della giurisprudenza più recente, nell'ipotesi di legittima direzione unitaria, l'esercizio di una tale attività non è fonte di responsabilità solidale della *holding* (e dei suoi amministratori) per le obbligazioni delle società controllate (Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439), una responsabilità della capogruppo creditizia potrà sorgere solo nel caso di scorretta trasmissione o concretizzazione delle istruzioni dell'Istituto di vigilanza o di inadeguato controllo in merito all'osservanza di esse da parte delle società controllate.

Nei casi invece di comportamento colposo della *holding* nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, anche gli amministratori e sindaci di essa, in base alle nonne generali, potranno essere chiamati a rispondere nei confronti della società da loro amministrata o controllata. Anzi, se l'art. 3 legge Prodi viene ritenuto applicazione di un principio generale, essi risponderanno anche nei confronti delle società controllate per l'esercizio abusivo del potere-dovere di direzione unitaria, nonché nei confronti dei terzi (nel caso, soci e creditori) che abbiano ricevuto un danno immediato e diretto dal loro comportamento.

8. Peraltro, con riferimento a tutti i gruppi societari – non solo ai gruppi creditizi – sono individuabili nel sistema giuridico vigente taluni ulteriori strumenti di tutela degli interessi coinvolti. Essi, come accennato sopra, sono costituiti da una maggiore articolazione degli obblighi di amministratori e sindaci sia della *holding* che delle controllate anche in caso di legittimo e non abusivo esercizio della direzione unitaria, nonché dalla responsabilità delle società di revisione.

Sotto il primo profilo vi è un dovere di ciascuna società controllata – e quindi dei suoi amministratori – antitetico al dovere generale di riservatezza (e, per i sindaci, di osservanza del segreto d'ufficio *ex* art. 2407[1] c.c.) e rappresentato dall'obbligo di fornire alla capogruppo i dati e informazioni che consentano ad essa l'esercizio del potere di direzione e di coordinamento nelle generali scelte gestionali e finanziarie.

Se tale obbligo è espressamente prescritto per i gruppi creditizi (art. 25 d.lgs. n. 356/1990), esso sussiste, ai fini del corretto esercizio della direzione unitaria, per tutti i gruppi societari. La verificata legittimità dell'articolazione organizzativa extrassembleare dei gruppi attraverso la direzione unitaria comporta infatti per tutti i gruppi la doverosità dei comportamenti degli amministratori delle controllate diretti al perseguimento dello specifico interesse di gruppo al coordinamento delle generali scelte strategiche di competenza degli amministratori della capogruppo. Tale dovere, sussistente in via primaria nei confronti della stessa società

controllata anche nel cui interesse è realizzata la gestione unitaria, significa che vi è per gli amministratori delle controllate un dovere di collaborazione extrassembleare nei confronti della capogruppo ai fini della elaborazione delle generali scelte operative. Il dovere di riservatezza di dati ed informazioni societarie viene meno e si converte in un opposto obbligo di fornire tutti quegli elementi informativi, che consentano alla capogruppo l'esercizio della funzione da essa assolta nell'interesse delle stesse società controllate (Di Sabato, G. Rossi, Bianchi).

Del resto, uno degli spunti normativi per l'affermazione della legittimità della direzione unitaria è stato rintracciato dalla Cassazione (sent. n. 1439 del 1990) nella disposizione che prescrive che gli amministratori della controllante debbano illustrare, nella relazione di bilancio, l'andamento della gestione nei vari settori in cui la società ha operato anche attraverso altre società da essa controllate (art. 2429-*bis* c.c.). E si era aggiunto in dottrina che anche la norma, che impone agli amministratori della *holding* di dar conto dei fatti di rilievo verificatisi successivamente alla chiusura dell'esercizio, comporta che essi debbano essere posti a conoscenza dei fatti verificatisi nelle società controllate, tali da poter incidere sulla valutazione della partecipazione posseduta (Bianchi). Ora, la conferma definitiva della scomparsa del dovere di riservatezza nell'ambito dei gruppi societari, con la sua sostituzione con l'opposto obbligo di fornire alla capogruppo ogni utile dato e informazione per lo svolgimento, da parte di questa, delle funzioni, che, nei singoli casi, essa assolve nell'interesse di gruppo, è nella disciplina del bilancio consolidato, che dal 1994 opererà per tutti i gruppi, anche non a direzione unitaria, che non ne siano esonerati per le modeste dimensioni dell'impresa di gruppo (artt. 25 e 27 d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127).

Il bilancio consolidato deve essere infatti corredato da una relazione degli amministratori «sulla situazione complessiva delle imprese in esso incluse e sull'andamento della gestione nel suo insieme e nei vari settori, con particolare riguardo ai costipai ricavi e agli investimenti» (art 40); soprattutto è testualmente stabilito l'obbligo delle imprese controllate «a trasmettere tempestivamente all'impresa controllante le informazioni da questa richiesta ai fini della redazione del bilancio consolidato» (art. 43). E, come si è subito osservato (Bussoletti), per l'adempimento dell'obbligo «il legislatore ha preferito non indicare analiticamente i documenti che le imprese da sottoporre a consolidamento devono trasmettere alla capogruppo», in quanto da tempo si era rilevato che «la redazione del bilancio consolidato costituisce soltanto la fase terminale di una serie di operazioni materiali che si svolgono lungo tutto il corso dell'esercizio e che richiedono, a vario titolo, l'intervento e la collaborazione di tutti gli organi amministrativi delle società del gruppo» (Bianchi). Se è vero che tale dovere di collaborazione e di informazione non ha quella portata così esaustiva, che è prevista per i gruppi creditizi nell'interesse alla stabilità del gruppo, esso ha tuttavia un'ampiezza indeterminata per tutti i gruppi societari, ribaltando l'obbligo di riservatezza nel dovere

di collaborazione e informazione extrassembleare al fine di consentire il perseguimento di una politica strategica di gruppo.

La richiesta di conoscenza di dati gestionali e finanziari con il correlato dovere degli amministratori delle controllate di darvi tempestiva risposta comporta così un flusso ascendente extrassembleare, così come l'esercizio del potere di direzione comporta un flusso discendente di prescrizioni gestionali, che gassano direttamente dal consiglio di amministrazione della capogruppo ai consigli di amministrazione e alle strutture di impresa di ciascuna delle controllate e delle subcontrollate. Ciò comporta, tra l'altro, per i *managers* delle società soggette a direzione unitaria, il delicato problema di una doppia fedeltà ai propri amministratori e, insieme, agli amministratori della *holding* da cui pervengono le direttive di gruppo.

9. Il tema appena considerato interferisce con quello della legittimità di direttive della capogruppo sui criteri di formazione e sul contenuto dei bilanci, onde, fra l'altro, agevolare le procedure di consolidamento attraverso l'adozione di criteri omogenei per le voci in cui vi è uno spazio di discrezionalità per gli amministratori delle controllate. Il problema è stato parzialmente affrontato con il decreto legislativo di attuazione delle due direttive comunitarie sui bilanci annuali e sui conti consolidati, che ha dato attuazione all'art. 29 della VII direttiva sui conti consolidati, per il quale «gli elementi dell'attivo e del passivo compresi nel consolidamento devono essere valutati secondo metodi uniformi». Nel decreto legislativo di attuazione si è peraltro ritenuto di agire solo sulla disciplina dei singoli bilanci di esercizio prevedendo criteri di valutazione molto analitici e tali da ridurre, al riguardo, la discrezionalità amministrativa (art. 9 d.lgs. n. 127/1991, che ha posto un nuovo art. 2426 c.c. sui criteri di valutazione). Tuttavia, pur con l'adozione dei nuovi criteri legali, restano margini di discrezionalità di valutazione e classificazione, mentre è chiaro che uno dei requisiti del bilancio consolidato dovrebbe essere quello di consentire la comparabilità dei dati in esso contenuti con quelli ricavabili dai singoli bilanci delle società del gruppo. Al riguardo, sopperiscono i principi contabili internazionali IASC che espressamente (par. 39, n. 3) dichiarano «preferibile che le società alle quali i bilanci consolidati si riferiscono seguano politiche contabili uniformi», nonché i principi contabili elaborati dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei dottori commercialisti e dai ragionieri che, nello stesso senso, stabiliscono che «i criteri di valutazione e di classificazione, adottati da tutte le società da consolidare, devono, come regola generale, essere gli stessi per le stesse voci ed in simili fattispecie» aggiungendo che «tale omogeneità di principi va attuata, come regola generale, nei bilanci legali delle singole società con un'opportuna attività di armonizzazione» (par. 50, 4, *a*). Solo ove l'armonizzazione non possa essere attuata nei bilanci da consolidare delle singole società si potrà procedere alle opportune rettifiche di consolidamento.

L'applicazione dei principi contabili oggetto di Raccomandazione della Consob e, insieme, la loro conformità, sul tema, alla prescrizione sopra ricordata contenuta nell'art. 29 della VII direttiva comunitaria, confermano la legittimità di un'attività di direzione unitaria della capogruppo, che si esprima anche in materia di contenuto dei bilanci delle controllate con la indicazione di politiche di bilancio nell'ambito e nel rispetto dei criteri legali di valutazione e classificazione. Il limite è anche qui quello dell'abuso della direzione unitaria, ad esempio con l'imposizione di criteri valutativi che pregiudichino la singola società sotto il profilo fiscale e cioè che le impongano il pagamento di maggiori imposte (Bianchi).

10. Per quanto riguarda il ruolo e la responsabilità degli amministratori delle società controllate in dipendenza dell'esercizio della direzione unitaria da parte della capogruppo e, anche in assenza di essa, in dipendenza dei doveri informativi relativi alle procedure di consolidamento, da quanto sin qui considerato emerge che gli amministratori delle società controllate e subcontrollate devono garantire alla capogruppo il flusso informativo richiesto dalla direzione unitaria e dalle tecniche di consolidamento, così come, più in generale, devono dare puntuale esecuzione alle legittime direttive della *holding*.

La non corretta, parziale o falsa informazione alla capogruppo o la inesecuzione delle direttive sulle grandi scelte gestionali e finanziarie comportano quindi la responsabilità degli amministratori – e, per mancato controllo, dei sindaci – nei confronti della società da essi amministrata, nella misura in cui le inesatte o false informazioni o l'inesecuzione di direttive della capogruppo abbiano comportato alla controllata un danno conseguente ad una politica di gruppo viziata dalle omissioni informative o dalle infedeltà esecutive.

Nei confronti poi della capogruppo, per il danno da questa subito, potranno trovare altresì applicazione sia l'art. 2395 c.c., che prevede l'azione individuale del socio e del terzo danneggiato dall'illecito dell'amministratore, sia i più generali principi sull'illecito extracontrattuale e, con particolare riferimento ai flussi informativi, gli indirizzi giurisprudenziali in tema di illecito da false o inesatte informazioni, su cui altri soggetti abbiano fatto affidamento.

Per quanto concerne infine gli amministratori della *holding*, posto che i dati relativi alle società controllate sono acquisiti dalla controllante non a seguito di accesso diretto a dati contabili, ma solo attraverso le informazioni fomite dalle singole società, l'obbligo dei redattori del bilancio consolidato è, in linea di principio – come osservato nella relazione governativa al d.lgs. n. 127/1991 (art. 29) – «quello di una rappresentazione di secondo grado, sì che il precetto della rappresentazione veritiera e corretta non implica di per sé responsabilità dei redattori per le eventuali inesattezze dei dati trasmessi dalle singole imprese (salvo la loro conoscenza o conoscibilità con l'ordinaria diligenza), bensì per la corretta utilizzazione ed elaborazione dei dati ricevuti». La diligenza degli amministratori della

capogruppo andrà quindi valutata alla luce della concreta possibilità per essi di un controllo di veridicità (Bussoletti).

Va peraltro avvertito che, in caso di comportamento colposo degli amministratori della *holding*, operano anche per essi la disciplina e i principi soprarichiamati con riferimento agli amministratori delle società controllate in merito alla responsabilità nei confronti di terzi (nel caso, anche i soci e i creditori delle controllate), che abbiano ricevuto un danno immediato e diretto dalle irregolarità o dalle false informazioni contenute nel bilancio consolidato su cui quei terzi abbiano fatto affidamento.

11. Si è accennato che un ulteriore strumento di tutela degli interessi coinvolti dalla direzione unitaria e dagli obblighi informativi di gruppo è rappresentato dalla responsabilità delle società di revisione e certificazione di bilancio.

Come è noto, per le società con azioni quotate in borsa controllanti altre società la società di revisione provvede alla certificazione sia del bilancio di esercizio, sia del bilancio consolidato (art. 1 d.p.r. n. 136/1975; ora art. 22 d.lgs. n. 127/1991) prescritto per legge dal prossimo anno (art. 41^3, d.lgs. n. 127/1991).

Ora, se è vero anche per le società di revisione che il bilancio consolidato viene verificato sulla base delle informazioni trasmesse dalle imprese incluse nel consolidamento (art. 41^1, d.lgs. n. 127/1991) e che quindi il compito dei revisori, al pari di quello degli amministratori della *holding*, ha prevalentemente carattere di riscontro contabile di secondo grado, va tuttavia osservato che l'identità del soggetto revisore del bilancio di esercizio della *holding* consente ed impone ad esso, nell'effettuare la revisione di questo bilancio, un approfondito controllo dei bilanci delle controllate già al fine della valutazione delle partecipazioni nella capogruppo. Inoltre, con riferimento alle modalità di esercizio dell'attività di revisione sia del bilancio di esercizio della *holding* che del bilancio consolidato, la società di revisione non potrà sottrarsi all'adempimento delle relative prescrizioni contenute nei Principi contabili di revisione e certificazione approvati dai Consiglio nazionali dei dottori commercialisti e dei ragionieri. Infatti, tali Principi, con le ulteriori prescrizioni della Consob in merito ai doveri della società di revisione (comunicaz. 24 marzo 1983, n. 83/03383 e 23 febbraio 1987, n. 87/02794), non solo formano oggetto di Raccomandazione Consob (delibera 8 aprile 1982, n. 1079), ma sono anche contrattualmente vincolanti per la società di revisione essendo usualmente richiamati nel mandato che essa riceve, onde è irrilevante – ai fini qui considerati – che essi non costituiscano più fonte normativa a seguito della eliminazione del riferimento ad essi nell'ultimo testo dell'art. 4 d.p.r. n. 136/1975 (art. 23 d.lgs. n. 127/1991).

Ora, con particolare riguardo al corretto esercizio della direzione unitaria nei gruppi è di fondamentale importanza per questi che le norme tecniche impongano alle società di revisione l'analisi dell'affidabilità dei sistemi amministrativi e lo

studio e l'analisi delle procedure di controllo interno, con la verifica, nella *holding*, se tali sistemi e procedure garantiscano effettivamente il corretto flusso ascendente e discendente di dati informativi, prescrizioni e direttive e il controllo amministrativo della loro esecuzione. Né il compito delle società di revisione è limitato all'effettuazione di analisi puramente teoriche, essendo prescritte concrete verifiche per campione in relazione alla affidabilità dei sistemi di controllo interno e l'esame, per sondaggio, degli stessi documenti relativi alle operazioni aziendali.

Il mancato rilievo delle carenze organizzative di gruppo, dell'inadeguatezza o della scorrettezza dei flussi informativi, in definitiva dell'inaffidabilità e quindi del possibile abuso di una direzione unitaria particolarmente nelle scelte finanziarie di gruppo, conseguenti a carenze dei sistemi organizzativi e di controllo interno, comporta la responsabilità professionale delle società di revisione e solidalmente dei revisori sia nei confronti della *holding* che nei confronti dei terzi (nel caso, società controllate, soci e creditori), che abbiano ricevuto un danno immediato e diretto dall'inadempimento dei revisori (art. 12 d.p.r. n. 136/1975).

Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni (*) (**)

1. Può essere non superflua un'ulteriore riflessione, alla luce dell'ampio dibattito svoltosi sul tema, in merito ai poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo nelle società per azioni.

Si può iniziare, al riguardo, dalla constatazione che il consiglio di amministrazione nelle società per azioni ha natura collegiale. Infatti, testualmente l'art. 2380, 2° comma, cod. civ. enuncia il principio che, quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste, anziché gestire individualmente e disgiuntamente la società, «costituiscono il consiglio di amministrazione». Ciò significa, sul piano giuridico, che potere e dovere di amministrare spettano ad un organo unitario, che si esprime in adunanze, nelle quali vengono assunte deliberazioni con il metodo collegiale, come espressamente previsto nel successivo art. 2388 cod. civ.

Non vi sono invece norme nel codice civile, che riconoscano poteri e competenze individuali ai singoli amministratori componenti il collegio, salva la facoltà di delega di attribuzioni a singoli componenti il consiglio. Anzi una conferma del carattere essenziale della collegialità nell'amministrazione pluripersonale si rinviene proprio nella disposizione relativa alla delegabilità di attribuzioni individuali, posto che la deroga alla collegialità può realizzarsi solo se consentita dall'atto costitutivo o dall'assemblea (art. 2381 cod. civ.).

Al contrario, al collegio sindacale è attribuita una competenza anche individuale, in qualsiasi momento, ad atti di ispezione e di controllo (art. 2403, 3° comma, cod. civ.).

In presenza di tale sistema legislativo, sia la giurisprudenza ([1]) che la dottri-

---

(*) Estratto dalla *Riv. dir. comm.*, 1996, I, pp. 1-15.

(**) Il presente saggio è destinato agli Studi in onore di Gastone Cottino.

([1]) Cass, 24 aprile 1963, n. 1084, in *Foro it.*, 1963, I, col 1425; Trib. Milano, 14 novembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, H, 79; App. Milano, 29 ottobre 1971, *decr.*, in *Mon. trib.*, 1972, p. 13; Trib, Milano, 3 giugno 1971, *decr.*, ivi, 1971, p. 859; Trib. Milano, 18 maggio 1971, *decr.*, ivi, 1971, p.

na ([2]) affermano l'inderogabilità del metodo collegiale nell'amministrazione pluripersonale nelle società per azioni, ravvisandone la *ratio* nell'esigenza di ponderazione e di coerenza nella formazione della volontà dell'organo amministrativo e nella gestione sociale ([3]).

In altri termini, i singoli amministratori esercitano le competenze loro affidate nell'ambito dell'organo collegiale e non hanno poteri individuali di gestione, salvi il conferimento di poteri delegati a singoli amministratori ex art. 2381 cod. civ. e il potere gestionale esterno connesso alla rappresentanza legale (art. 2384 cod. civ.).

2. Peraltro, in base all'art. 2392, 2° comma, cod. civ., va riconosciuta in capo ai singoli amministratori una posizione di potere-dovere, posto che essi hanno individualmente e solidalmente una responsabilità verso la società se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose ([4]). Pertanto, essi, in sede collegiale, hanno sicuramente il potere, coerente con il dovere di vigilanza, di conoscere e valutare elementi, dati e documenti concernenti l'attività sociale, onde essi possono collegialmente richiedere e acquisire qualsiasi atto e documento societario ([5]).

857; Trib. Milano, 23 dicembre 1970, *decr.*, in *Foro pad.*, 1971, I, col. 658; cfr. le massime in materia societaria dei Tribunali di Milano (n. 22) e di Torino (n. 16), in *Riv. soc.*, 1972, pp. 511 e 1325.

([2]) CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Tratt. della soc. per azioni* diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1991, p. 251; FERRI, *Le società*, 3° ed., Torino, 1985, p. 667; GRASSETTI, in *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza (membro del comitato esecutivo con voto consultivo?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 808; MINERVINI, ivi 812 ss.; SCOTTI CAMUZZI, ivi, 788; GALGANO, *La società per azioni*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, Padova, 1984, p. 247; ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, 136; GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, Milano, 1979, p. 132 ss.; CALANDRA-BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984, p. 104 ss.

([3]) L'affermazione dell'inderogabilità del metodo collegiale costituisce poi il presupposto di altri corollari quali, esemplificativamente, l'impossibilità che il consiglio di amministrazione manifesti la propria volontà *per facta concludentia* (Cass. 28 settembre 1973, n. 2438, in *Giust. civ. mass.*, 1973, p. 1283; Cass. 7 febbraio 1970, n. 296, in *Giust. civ. mass.*, 1970, p. 165), la legittimazione a impugnare le delibere dell'assemblea spettante al collegio e non ai singoli amministratori (Trib. Milano 17 giugno 1974, cit., in massima in Amministratori – Sindaci – Controllo Giudiziario delle società per azioni, a cura di Bocchini, Padova, 1992, p. 82, n. 23). Su questo punto v. però in senso contrario COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1994, voi. I, t. 2, p. 505.

([4]) Al riguardo v. per tutti Di NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nelle società per azioni*, Napoli, 1992.

([5]) In giurisprudenza cfr. App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1001, in *Società*, 1994, p. 925, con nota adesiva di Salafia, il quale, a proposito dell'adempimento del dovere di vigilanza degli amministratori non destinatari di delega, afferma la necessità della istituzione di «un ca-

Anzi, è da ritenere, al riguardo, che essi non abbiano solo un potere di controllo c.d. sintetico, come pure è stato sostenuto con una formula di stile ([6]), dato che anche singole operazioni possono essere tali da incidere in modo rilevante sulla gestione sociale. Più correttamente si deve ritenere quindi che il potere-dovere di vigilanza dei singoli amministratori si estenda agli atti che abbiano rilevanza significativa sulle sorti dell'azienda, essendo tale potere-dovere l'espressione del particolare atteggiarsi, nelle circostanze concrete, del dovere di amministrare con diligenza ([7]).

Ai fini del corretto esercizio di tale potere-dovere, nell'ambito del consiglio di amministrazione la facoltà di richiedere l'acquisizione di singoli atti e documenti spetta pertanto a ciascun consigliere e non è sottoposta a preventiva deliberazione collegiale. Il potere di amministrazione e la connessa responsabilità sono radicati in capo a ciascuno e il potere può essere quindi esercitato, bensì collegialmente, ma con l'assunzione di tutte le informazioni e le conoscenze che ogni consigliere possa ritenere di dover ottenere onde svolgere, con diligenza e competenza dei fatti, il compito affidato al consiglio. Così, durante le riunioni consiliari è da ritenere non vi sia alcun limite alla facoltà di ciascun consigliere di richiedere e ottenere l'acquisizione di documenti ed atti anche analitici che abbiano rilevanza per l'azienda sociale.

3. È ora da chiedersi se, al di fuori dell'organo collegiale e della sua espressione temporale e locale nelle riunioni di consiglio, i singoli consiglieri, cui non siano stati attribuiti poteri delegati dall'atto costitutivo o per delibera assembleare, abbiano facoltà di esercitare poteri amministrativi individuali in alcuna delle articolazioni ipotizzabili e cioè poteri di controllo gestorio, poteri di istruttoria tecnica, poteri di acquisizione di informazioni concernenti dati, atti e documenti inerenti alla attività sociale o poteri di amministrazione attiva.

Una parte della dottrina, fondandosi sull'esatta constatazione che il dovere di vigilanza in capo agli amministratori ha carattere individuale, in quanto per legge è sancita una responsabilità personale e solidale per la violazione di tale dovere (art. 2392 cod. civ.), inferisce poi senza dimostrazione che, quanto al corrispondente potere di vigilanza degli amministratori, «la legge delega la fissazione dei

---

nale pratico di continua comunicazione con l'amministratore delegato» quale un «regolamento che imponga al delegato di formulare un programma di azioni ...», una «fissazione di incontri periodici e frequenti nei quali il delegato relazioni sull'andamento della gestione e sui risultati conseguiti».

([6]) Per la critica cfr. BONELLI *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 216 e nota 123.

([7]) Cfr. DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, in *Riv. soc.*, 1981, pp. 97-98; WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, s.d. ma 1974, p. 195; ANGELICI, voce *Società per azioni*, in *Enc. del dir.*, Milano, s.d. ma 1990, pp. 1005-1006.

suoi limiti a ciascun singolo amministratore, il quale diviene in tal modo arbitro di fissare egli stesso anche il limite fino a cui spingere la conoscenza sulla gestione dell'impresa amministrata» ([8]), sulla base della considerazione, in sé esatta, ma non conclusiva, che «la corrispondenza, nei poteri gestori, fra dovere e potere costituisce una linea di tendenza, non un principio assoluto» ([9]).

Quanto alla tesi dell'assunto divario di intensità tra il dovere e il potere degli amministratori in merito alla vigilanza gestoria, posto che di tale divario non vi è traccia nella legge, appare decisivo, in senso contrario, il rilievo che là dove l'esistenza del potere degli amministratori si desume dalla previsione legislativa del dovere «deve riconoscersi l'esistenza del potere, in quanto esso è necessario per l'adempimento del dovere. Stupisce quindi che si possa ipotizzare una eccedenza del potere rispetto al dovere» ([10]).

Sul piano della *ratio* del sistema, si è così esattamente ricordato che «il funzionamento interno della società per azioni si svolge secondo un'articolazione complessa dalla legge stabilita con norme prevalentemente inderogabili, per la tutela variamente composita degli interessi dei soci, dei terzi e della collettività generale, in un gioco delicato di pesi e di contrappesi», onde è ragionevole che in tale articolazione complessa sia stato attribuito agli amministratori un potere-dovere di vigilanza da esercitare nel rispetto della collegialità consiliare, «posto che specificamente all'esercizio della funzione dì controllo è predisposto, con poteri penetranti, altro organo della società per azioni, il collegio sindacale» ([11]), al quale sono stati attribuiti dalla legge poteri-doveri di ispezione e di controllo anche individuali (art. 2403, 3° comma cod. civ.) ([12]).

Nella medesima ottica, autorevole dottrina conclude che «fuori del collegio il singolo amministratore non ha poteri, neppure quello di chiedere direttamente informazioni o di consultare personalmente i documenti sociali» ([13]).

([8]) DALMARTELLO-PORTALE, in *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza (membro del comitato esecutivo con voto consultivo?)*, cit., in *Giur*, *comm.*, 1980, 1, p. 799; ABBADESSA, *ivi*, p. 818. Di questo avviso sembra anche CAMPOBASSO, *Diritto commerciale – 2. Diritto delle società*, Torino, 1995, p, 334, il quale afferma che «ogni amministratore può esaminare e controllare i documenti sociali, può compiere atti di ispezione, nonché chiedere informazioni anche agli amministratori con funzioni delegate».

([9]) CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino, 1976, p. 100.

([10]) MINERVINI, in *I poteri di controllo*, cit., in *Giur. comm.*, 1980, I, 813.

([11]) MINERVINI, cit., *loc. cit.*

([12]) In proposito v. per tutti BONELLI, *Poteri individuali del sindaco*, in *Giur. comm.*, 1988, I, pp. 521 ss.; CAVALLI, *I sindaci*, in *Tratt. delle soc. per azioni*, diretto da Colombo e Portale, V, Torino, 1988, pp. 89 ss.

([13]) Così FERRI, *Le società*, cit., p. 667; CHIOMENTI, *Il principio della collegialità dell'amministrazione pluripersonale nella società per azioni*, in questa *Rivista*, 1982, I, p. 327; DE VESCOVI, *op.*

4. Per temperare la rigidità di tale conclusione con riferimento all'attività di controllo degli amministratori *ex* art. 2392, comma 2, cod. civ., si è osservato, che «in pratica gli amministratori dovranno (...) nelle riunioni del consiglio chiedere (...) ai membri del comitato esecutivo e agli amministratori delegati le necessarie informazioni e mantenere opportuni contatti anche al di fuori di tali riunioni» ([14]). Con lo stesso intento, su un piano sistematico, si è affermato che ai consiglieri vanno riconosciuti poteri di controllo individuali, sul presupposto della responsabilità personale e solidale di ogni amministratore in caso di violazione del dovere di vigilanza sancito dall'art. 2392, comma 2, cod. civ. ([15]).

Altri preferisce trarre la conclusione di poteri individuali degli amministratori dall'osservazione che «la funzione di vigilanza implica, per sua stessa natura, l'iniziativa del singolo amministratore» ([16]): osservazione di sapore giusnaturalistico, ma di per sé capace di implicare corollari in merito ai caratteri specifici dell'iniziativa individuale, i quali invece possono essere determinati solo sulla base della disciplina positiva.

Per impostare il problema si deve partire dalla constatazione che il dovere di vigilanza degli amministratori, con la correlativa responsabilità individuale, è previsto dall'art. 2392, comma 2, cod. civ., solo con riferimento al generale andamento della gestione. Se è vero che il generale andamento è influenzato dalle operazioni significative per le sorti dell'azienda e se è vero che il potere, in quanto attribuzione individuale, non può essere costretto negli schemi di un esercizio collegiale ([17]), da tali constatazioni non è legittimo dedurre che il potere di vigi-

---

cit., p. 101; in modo più sfumato v. anche ANGELICI, voce *Società per azioni*, in *Enc. del dir.*, Milano s.d. ma 1990, p. 1006.

([14]) FRÉ, *Società per azioni*, in *Commentario al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 506.

([15]) In tal senso v. COTTINO, *op. cit.*, pp. 542-543, il quale individua «due piani sui quali gli amministratori cui non siano attribuite particolari mansioni possono muoversi: quello del controllo e quello dell'attivazione degli organi competenti a intervenire: il primo appartiene all'attività individuale; il secondo rientra negli schemi della collegialità»; Di SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1992, p. 481, il quale invece distingue il diritto-dovere di informazione, che compete al singolo amministratore, dal diritto-dovere di istruzione (cioè di compiere accertamenti e indagini), che compete al collegio; PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1969, p. 92. In giurisprudenza, v, in senso conforme Trib. Milano, 17 marzo 1986, citato in massima in *Amministratori-Sindaci-Controllo Giudiziario delle società per azioni*, *cit.*, p. 178, n. 52, laddove si afferma che «il potere di controllo degli amministratori sugli atti sociali non deve intendersi solo come vigilanza collegiale, ma essendo prevista dal codice civile all'art. 2392, terzo comma, la facoltà per ogni singolo amministratore di dissociarsi dalla volontà comune, anche come potere di ciascun componente del consiglio».

([16]) GALGANO, *La società per azioni*, cit., in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl.*, *defeco»*., pp. 248-249.

([17]) Cfr. GALGANO, *op. cit.*, p. 248, il quale osserva che «un 'vigilare' collegiale, per delibera-

lanza sarebbe attribuito a ciascun amministratore su tutti gli atti ed operazioni sociali.

Deve essere, in particolare, escluso che il potere di vigilanza possa identificarsi in un potere ispettivo individuale, che è attribuito dal legislatore ai singoli sindaci.

Ciò significa che il singolo amministratore, fuori dal consiglio, non ha il potere, che ha carattere tipicamente ispettivo, di recarsi personalmente negli uffici della società per acquisire personalmente atti e documenti al fine di sceverare se fra essi vi siano atti o documenti essenziali per la vita societaria.

Allorché però al generale potere di vigilanza si congiunga lo specifico diritto dell'amministratore di essere compiutamente informato delle materie su cui egli è chiamato a deliberare, si può ritenere che il singolo amministratore possa assumere informazioni anche al di fuori e prima del contesto consiliare, purché si tratti di dati e documenti concernenti le materie poste all'ordine del giorno, al fine, tra l'altro, di evitare il protrarsi della seduta consiliare oltre ogni ragionevolezza. In tal caso, però, opererà l'ulteriore limite della richiesta di informazioni esclusivamente ai vertici della struttura operativa della società ([18]). Diversamente si permetterebbe al singolo amministratore di ignorare l'organizzazione dell'impresa, permettendogli di ricercare le informazioni dove meglio ritenga e quindi ancora una volta esplicando una sostanziale attività ispettiva. Della eventuale incompletezza o di altri difetti dell'informativa ricevuta l'amministratore potrà dar conto al consiglio, chiedendo ad esso di assumere eventuali provvedimenti correttivi, come l'acquisizione nella seduta consiliare di ulteriori documenti o l'audizione in consiglio di altri dipendenti della società.

Inoltre la consultazione della documentazione dovrà comunque avvenire nel

---

zioni collegiali, è difficilmente concepibile», sul presupposto corretto che il dovere di vigilanza – alla luce dell'incipit del comma 2 dell'art. 2392 cod. civ.: «in ogni caso» – vale non solo quando vi siano funzioni amministrative delegate, ma anche nell'ipotesi contraria in cui non si sia proceduto a nessuna delega. Per l'opinione contraria v. GRIPPO, *op. cit.*, p. 123, secondo cui la previsione del vincolo di solidarietà per l'ipotesi di responsabilità sarebbe riconducibile alla culpa in vigilando e, come tale, necessariamente connesso al fenomeno della delega di funzioni.

([18]) Anche il grado di specificità dell'informazione che potrà essere richiesta dovrà essere adeguato alla «vigilanza sul generale andamento della gestione», per cui non potrà darsi un'istruttoria più specifica rispetto al livello di decisione cui è chiamato il consiglio. Al riguardo può essere emblematica la vicenda dell'approvazione del progetto di bilancio di esercizio. In tal caso i dettagli che possono essere oggetto di richiesta dovranno essere compatibili con l'incidenza ragionevolmente apprezzabile che essi possono avere sulle valutazioni di chiusura dell'esercizio e sul relativo risultato economico. Basti pensare, ad es., ad una banca: non sarà proponibile che il singolo amministratore prenda visione di tutti i fascicoli relativi a rapporti di finanziamento, per farsi un'idea sul valore di presumibile realizzo. Saranno invece a sua disposizione gli elaborati prodotti dagli uffici di contabilità, dai quali il singolo consigliere potrà trarre valutazioni, impressioni, convincimenti, salvo a portare in consiglio istanze di maggior approfondimento, in ipotesi, con riguardo agli affidamenti di maggiore importo.

rispetto della esigenza di riservatezza. Ciò significa che essa sarà posta a disposizione presso la sede sociale o uffici dell'impresa, tenuto presente che al di fuori di essi non solo non è ipotizzabile esercizio di funzioni amministrative da parte dei singoli consiglieri privi di poteri delegati, ma è anche particolarmente operante la esigenza di tutela della riservatezza dell'attività sociale.

In base alla stessa esigenza, che è così sentita dal legislatore da costituire un limite inderogabile all'attività anche dei sindaci della società per azioni, deve ritenersi che i singoli amministratori non abbiano il potere di trarre fotocopia dei documenti. Del resto, ai sindaci è consentita esclusivamente la presa di conoscenza di atti e documenti all'interno dell'impresa sociale, con esclusione di ogni possibilità di fuoriuscita dall'azienda di conoscenze, dati e documenti, in applicazione del principio, posto nell'art. 2407, 1° comma, cod. civ., per il quale i sindaci «devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui abbiano conoscenza per ragioni del loro ufficio». Correlativamente, l'art. 2622 cod. civ. sanziona penalmente la comunicazione, da parte dei sindaci, di notizie avute a causa del loro ufficio.

5. La problematica sin qui esaminata si correla alla prassi delle c.d. «deleghe atipiche» o «interne», con le quali si attua una ripartizione di competenze tra i membri del consiglio senza l'autorizzazione (assembleare o statutaria) prevista dall'art. 2381 cod. civ. ([19]).

Peraltro, la tesi giustificativa di tale prassi contraddice le conclusioni raggiunte in ordine alle configurazioni che l'articolazione del potere amministrativo può assumere nelle società per azioni, come risultano tassativamente indicate nell'art. 2381 cod. civ. e, a mio avviso, non può essere accolta.

In alcuni casi la giustificazione addotta non supera l'ampiezza di un inciso privo di argomentazioni ([20]).

In altri casi ci si trova di fronte ad affermazioni che sono poco più che petizioni di principio. Infatti si afferma che «anche in difetto di delega l'esigenza di snel-

---

([19]) BONELLI, *op. cit.*, p. 43; BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, pp, 141-142; GRIPPO, *op. cit.*, p. 156; DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, cit., in *Riv. soc.*, 1981, p. 85; ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1985, pp. 106-108; ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano 1979, pp. 226-227; CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., in *Tratt. della soc. per azioni*, pp. 290-291; ANGELICI, *op. cit.*, p. 1005; JAEGER-DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale – I – Impresa e società*, Milano 1994, p. 384; FERRI JR, *Le deleghe interne*, in AA.VV., *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, 1995, pp. 168 ss., a p. 152, il quale svolge anche una rassegna delle diverse accezioni con cui viene definito il fenomeno (deleghe atipiche, interne, implicite, non autorizzate) ricollegandolo ai contesti ideologici nel quale viene inserito dai diversi autori (pp. 167-171).

([20]) BONELLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

lire e razionalizzare l'attività amministrativa possa essere, almeno di fatto, ugualmente presente in certi casi e possa anche oggettivamente rispondere, in linea di massima, all'interesse della società» e che «se si considera che gli amministratori sono chiamati a realizzare l'oggetto sociale, non si può allora escludere a priori che una distribuzione interna di funzioni (...) risponda, in effetti, ad una esatta valutazione circa il migliore modo di fare l'interesse delle società» per concludere che, nonostante la disciplina positiva, ciò «non significa che non si possa individuare il punto di equilibrio fra la necessità dell'autorizzazione per la delega e un certo grado di autonomia nell'organizzare le modalità di svolgimento della funzione amministrativa» sicché «in difetto di autorizzazione, una ripartizione di funzioni si esplichi sotto la piena responsabilità degli amministratori, mentre, in presenza di autorizzazione, alla distribuzione di funzioni si accompagni altresì l'effetto della limitazione della responsabilità dei non delegati» ([21]).

La tesi non è condivisibile in quanto, in presenza di una disciplina inderogabile della collegialità, una distribuzione interna e atipica di poteri potrebbe essere affermata non su valutazioni di convenienza dell'interprete, ma solo sulla base di precise indicazioni della legge positiva.

Altra dottrina ritiene di arrivare alla conclusione della legittimità delle deleghe atipiche sulla base dell'osservazione che la legge consente l'esercizio di funzioni amministrative non collegiali (amministratore delegato e amministratore unico), fondandosi sulla non necessaria inerenza della «congiuntività alla collegialità» ([22]). Ma anche in tal caso dalla esatta constatazione di una pluralità di opzioni legislative in tema di gestione si trae indebitamente la conclusione che sarebbero legittime ulteriori opzioni compiute dagli amministratori in assenza di autorizzazione legislativa.

Ancora a favore dell'ammissibilità delle deleghe atipiche si rileva che con esse non si modifica il regime di responsabilità così come avviene in caso di delega «autorizzata» *ex* art. 2381 cod. civ., posto che una deliberazione del consiglio di amministrazione – sulla quale si fonda la delega atipica – non potrebbe attenuare il regime di responsabilità dei suoi membri ([23]). Al rilievo va però osservato che con esso si limita la portata della disciplina organizzatoria della gestione sociale ai profili di responsabilità, che ne rappresentano invece solo un aspetto o la conseguenza ([24]). Del pari, quando si afferma che la «divisione di compiti all'interno

([21]) BORGIOLI, *op. cit. loc cit.* Inoltre questo autore finisce col radicare la possibilità di conferire deleghe atipiche su un non meglio identificato interesse sociale, il che ha determinato la critica secondo cui in tal modo «l'elemento discriminante introduce un ampio margine di opinabilità, se non proprio di ambiguità»: così GRIPPO, *op. cit.*, p. 157.

([22]) FERRI JR, *op. cit.*, *passim.*

([23]) ALLEGRI, *op. cit.*, pp. 228-229; GRIPPO, *op. cit.*, p. 156.

([24]) D'altra parte, ammettendo la liceità delle deleghe atipiche in quanto resterebbe inalterato il

del consiglio (...) è destinata ad operare comunque in via di mero fatto» ([25]), si trascura di considerare che la struttura organizzativa delle società di capitali, quando non sono espressamente lasciati spazi di autonomia, è definita da norme cogenti e i relativi effetti non sono disponibili, in quanto costituiscono il punto di equilibrio tra interessi fondamentali valutati dal legislatore.

Va inoltre osservato che l'insussistenza dei presupposti autorizzativi richiesti dall'art. 2381 cod. civ. corrisponde ad una precisa (o comunque non altrimenti interpretabile) volontà dei soci a che l'amministrazione della loro società non sia organizzata secondo un modello di ripartizione di funzioni. E tale constatazione precede il profilo della imputazione della responsabilità ai membri dell'organo collegiale, riguardando le modalità con cui questi assumono tale responsabilità. L'ammissione delle deleghe atipiche violerebbe questo vincolo originario derivante dalla previsione del contratto sociale e dall'assenza di volontà in tal senso da parte dei soci riuniti in assemblea.

In sintesi, i tentativi dottrinali di giustificare le c.d. deleghe atipiche non hanno fondamento positivo ed invece propongono uno stravolgimento delle norme vigenti.

6. L'intuizione esatta delle tesi appena respinte è nella circostanza che il consiglio di amministrazione può certamente stabilire rapporti di natura contrattuale con singoli membri e, specificamente, può attribuire mandati speciali o stipulare contratti d'opera professionale, assumendo in tale veste i singoli amministratori «la posizione di terzi rispetto all'ente» ([26]).

Va peraltro subito avvertito che attraverso gli strumenti del mandato o del contratto d'opera professionale non potrebbero essere conferiti poteri decisori, onde evitare una violazione del «principio dell'esclusiva e inderogabile competenza degli amministratori nell'esercizio della funzione amministrativa» ([27]). Per lo stes-

---

regime di responsabilità collegiale, si dovrebbe anche ritenere che le stesse attribuzioni non delegabili *ex* art. 2381, ultima parte, cod. civ., possano essere oggetto di delega atipica, fermo restando il regime di responsabilità del consiglio. Invece anche chi ha giustificato con quegli argomenti le deleghe atipiche si sottrae a tale conclusione osservando come si sarebbe «eccessivamente riduttivi supporre che il legislatore con il divieto di delega si sia prefisso come unico obbiettivo quello di evitare lo scioglimento del vincolo solidale e quindi una responsabilità esclusiva dell'organo delegato»: così GRIPPO, *op. cit.*, p. 162.

([25]) JAEGER-DENOZZA, *op. cit.*, p. 384.

([26]) Cfr. ABBADESSA, *Op. cit.*, p, 106; BORGIOLI, *op. di.*, p. 142; MIGNOLI- NOBILI, *voce Amministratori (di società)*, in *Enc. del dir.*, II, Milano, s.d. ma 1958, p. 144; ANGELICI *op. cit.*, p. 1005, il quale osserva come «le deleghe interne (...) non sono in grado di influire sulla struttura organizzativa della società e si risolvono quindi nell'istaurazione di un rapporto di tipo interindividuale, in sostanza allora secondo il consueto schema del mandato, con il 'delegato'». In giurisprudenza cfr. la motivazione di Cass. 11 ottobre 1969, n. 3284, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 145.

([27]) Cfr. BONELLI, *op. cit.*, p. 101.

so motivo non sarebbe ammissibile il conferimento di mandati generali per il compimento di attività gestoria ([28]) ovvero mandati così ampi da condurre a svuotare la funzione e i poteri del consiglio.

In questi limiti potrebbero essere legittimamente attribuiti ([29]), ove ritenuti utili al migliore svolgimento dell'attività sociale, mandati speciali, il cui contenuto sia il compimento di attività di istruttoria tecnica – comportante cioè particolari competenze professionali o tecniche – per singole decisioni che saranno assunte dal consiglio. Risultano estranei a tale ambito valutazioni di mera opportunità o di convenienza economica di un determinato atto gestorio, che non si pongono come elemento di cui tener conto in fase di determinazione della volontà collegiale, bensì come intervento propriamente deliberativo, che non giustifica un rapporto interpersonale ulteriore rispetto a quello di amministrazione ([30]). Naturalmente, in caso di incarico professionale legittimamente conferito, per mettere in condizione il mandatario-consigliere di adempiere al mandato potranno essergli consegnati documenti relativi all'affare o all'attività che egli debba istruire, così come vengono forniti i relativi documenti al professionista, cui venga dato un incarico professionale. Del pari, potrà essere concessa al mandatario speciale la facoltà di accedere agli uffici con il limite che tale accesso non si possa trasformare in una attività di ispezione, riservata ai singoli membri del collegio sindacale.

([28]) Cass. 25 gennaio 1965, n. 156, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1452, ove il terzo mandatario generale *ad negotia* viene qualificato come *falsus procurator*; cfr. Cass. 5 novembre 1968, n. 5652, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 14; Trib. Milano, 17 giugno 1982, in *Giur. comm.*, 1985, p. 506; App. Bologna, 16 dicembre 1988, in *Giur. comm.*, 1991, II, pp. 56 ss., ove si esclude la legittimità della procura generale anche se conferita ad un direttore generale, il quale rimane pur sempre un estraneo al consiglio di amministrazione; ivi v. nota redazionale con ulteriori precedenti *in terminis.*

([29]) Per l'ammissibilità, in astratto, di incarichi professionali ad amministratori cfr. Cass. 11 ottobre 1969, n. 5284, in *Giur. it*, 1971, I, 1, c. 145; Trib. Milano 29 aprile 1985, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «società», n. 589.

([30]) A conferma di quanto affermato nel testo va segnalata quella giurisprudenza che, per poter configurare un rapporto professionale con l'amministratore, richiede che in concreto si possa «distinguere con assoluta nitidezza i compiti dell'una e dell'altra funzione», arrivando ad affermare che «se l'inserimento di un professionista nel consiglio di amministrazione (...) avviene con lo scopo di utilizzare la sua capacità professionale nell'ambito delle funzioni del consiglio, al professionista per l'esercizio della sua attività in seno al consiglio, non compete una specifica remunerazione sulla base della tariffa professionale, dovendosi ritenere compensato adeguatamente dalia remunerazione assegnatagli come membro del consiglio di amministrazione (Trib. Milano, 29 aprile 1985, cit.); in senso conf., App. Bologna, 24 novembre 1978, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 544. Ancora Trib. Milano, 25 maggio 1991, in *Società*, 1992, p. 67, insiste sul punto della riconducibilità alla funzione amministrativa dell'attività esercitata, ancorché di natura professionale, per dichiararne la sua remunerazione come compresa nel compenso deliberato dall'assemblea, salvo che non possa identificarsi un incarico particolare da remunerare separatamente ai sensi dell'art. 2589, comma 2, cod. civ.

7. A questo punto deve considerarsi che, se i poteri amministrativi sono attribuiti non a singoli amministratori ma ad un comitato esecutivo composto da alcuni di essi, anche questo costituisce un organo collegiale al pari del consiglio ([31]).

Pertanto valgono per esso le considerazioni sopra svolte a proposito dell'esercizio dei poteri di informazione, che hanno portato a concludere che tali poteri possono essere esercitati al di fuori dell'espressione temporale e locale dell'organo riunito, ma solo a particolari condizioni, mentre, nella riunione, ciascun membro del comitato potrà chiedere ogni notizia e documento ed approfondire in tale sede ogni aspetto.

In definitiva, ai membri del comitato, in quanto componenti di un organo collegiale, è riconosciuto l'esercizio dei poteri delegati a quell'organo secondo le regole di funzionamento di quest'ultimo e non con iniziative individuali perseguite al di fuori dell'organo medesimo, salvo che nei limiti di una preventiva informazione strettamente finalizzata all'attività deliberativa.

Va anche avvertito che ai membri del comitato non competono poteri di controllo analoghi a quelli del collegio sindacale, onde possa assumersi che così come quest'ultimo può esercitarli individualmente, tale potere debba essere riconosciuto ai singoli componenti del comitato. Infatti il comitato, quale organo delegato del consiglio, è organo (delegato) di gestione attiva, che – salvo l'informazione preventiva sopraconsiderata – si esprime nell'esercizio collegiale dell'amministrazione, del controllo gestorio, delle istruttorie tecniche e nella conseguente acquisizione di informazioni, dati e documenti dalla fonte interna ritenuta più idonea ed opportuna, mentre esula dai suoi compiti – così come da quello dell'organo gestorio delegante – la funzione di controllo in forma di ispezione, attribuita dalla legge al collegio sindacale.

8. In merito poi alla talora adombrata possibilità di sub-delega del comitato ai suoi membri, va ricordato che la nomina dei membri del comitato esecutivo e degli amministratori delegati compete inderogabilmente al consiglio di amministrazione ([32]).

Ciò significa che delle diverse possibili modalità di articolazione dei poteri all'interno della società il legislatore ha scelto l'inderogabile attribuzione al consiglio – e solo quando ciò sia previsto dallo statuto – del potere di costituire il

---

([31]) MINERVLNL, *Gli amministratori delle società per azioni*, Milano, 1956, p. 455; COTTINO, *op. cit.*, p. 462; GALGANO, *op. cit.*, p. 253 ss.; BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 202 ss.; CAGNASSO, *op. cit.*, pp, 304-305; BONELLI, op. cit., p. 44.

([32]) Trib. Verona 14 febbraio 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 578; Trib, Cassino 26 aprile 1989, in *Società*, 1989, p. 1305; Trib. Vicenza 24 marzo 1988, in *Società*, 1988, p. 857; Trib. Genova 14 febbraio 1986, ivi, 1986, p. 414; la competenza inderogabile è presupposta anche dalle decisioni della Cassazione sulla natura della delega: Cass. 17 luglio 1979, n. 4191 in *Giusi*, *civ. Mass.*, 1979, p. 1850; Cass. 21 ottobre 1974, n. 2985, in *Giusi*, *civ. Mass.*, 1974, p. 1318.

rapporto di delega (precisamente con il comitato esecutivo o con uno o più singoli amministratori). In altri termini, la formulazione dell'art. 2381 cod. civ. impedisce che si possa arrivare a deleghe di poteri per strade diverse da quella ivi indicata.

Pertanto le deleghe atipiche nel comitato devono essere escluse per gli stessi motivi per i quali esse non sono ammissibili in seno al consiglio. Ma per il comitato vi sono ragioni ulteriori. Questo, infatti, è a sua volta un organo delegato e costituisce esso stesso la risposta alla esigenza di semplificazione dell'esercizio di poteri amministrativi voluta dai soci con l'atto costitutivo. Non a caso anche coloro che hanno ritenuto che fossero legittime le deleghe atipiche hanno sempre considerato come organo delegante il consiglio di amministrazione e mai l'organo collegiale a sua volta delegatario di attribuzioni amministrative.

Ne consegue che una subdelega di poteri da parte del comitato a suoi membri comporta la violazione dell'art. 2381 cod. civ. con una modifica delle modalità di esercizio del potere amministrativo che non promana dall'organo competente e quindi con una indebita variazione della struttura e dei criteri di imputazione delle responsabilità all'interno della società.

In questo contesto si pone anche la giurisprudenza di legittimità quando, qualificando la delega di poteri come autorizzazione, afferma che «la delega delle attribuzioni del consiglio di amministrazione di una società per azioni (...) non può qualificarsi come un mandato, né può equipararsi integralmente ad una delega di diritto amministrativo» ([33]). Qui, infatti, l'esclusione recisa è per la qualificazione della delega come mandato, tanto che in altri casi, è stato affermato che «nel rapporto che viene a costituirsi tra la società e il delegato non si riscontrano gli estremi del mandato a compiere determinati atti giuridici, ma i caratteri della delegazione amministrativa» ([34]) o ancora che «la delega delle attribuzioni del consiglio di amministrazione (...) non può qualificarsi come mandato, trattandosi di una ipotesi tipica che ha natura di autorizzazione» ([35]). Ciò significa che la Cassazione ha inteso escludere che alla delega fosse applicabile la disciplina del mandato e in particolare – per quanto qui interessa – l'art. 1717, commi 1 e 2 cod. civ., che contempla l'ipotesi del mandatario, che sostituisce altri a se stesso nell'esecuzione del mandato.

9. E chiaro peraltro che la delega non spoglia il consiglio di amministrazione delle sue attribuzioni, nel senso che il consiglio può in ogni momento avocare a sé l'esercizio dei poteri che sarebbero di competenza dell'organo delegato ([36]). Come

([33]) Cass. 17 luglio 1979, n. 4191, cit.; Cass, 6 agosto 1962, n. 2402, in *Dir. fall.*, 1962, II, p. 814,

([34]) Cass. 8 luglio 1968, n. 2341, in *Banca*, *Borsa e tit. di cred.*, 1969, II, p. 396.

([35]) Cass. 10 dicembre 1982, in *Cass. pen.*, 1985, p. 90.

([36]) Cass. 2 agosto 1962, n. 2402, in questa *Rivista*, 1963, II, pp. 211-212; App. Milano 21 gen-

è stato avvertito, «la delega crea quindi, per l'esercizio di tali poteri, una competenza dell'organo delegato che è concorrente con quella dell'organo delegante. Ciò non risulta espressamente dal testo dell'art. 2381, ma si deduce, senza possibilità di dubbio, dal carattere facoltativo della delega e dalla sua revocabilità totale o parziale» ([37]), onde il consiglio di amministrazione «può in ogni momento sostituirsi all'amministratore delegato o al comitato esecutivo e adottare deliberazioni in quel campo che rientra nelle attribuzioni delegate» ([38]).

In tale quadro di rapporti, non tanto l'organo delegato è tenuto a riferire all'organo delegante gli atti posti in essere e le deliberazioni adottate quanto l'organo delegante – e cioè il consiglio di amministrazione – ha il diritto di richiedere agli organi delegati informazioni, notizie, dati e documenti in merito a tutte le operazioni sociali: sia per esercitare, se del caso, la propria competenza concorrente cumulativa, sia soprattutto perché i singoli consiglieri, se non sono direttamente responsabili per gli atti compiuti dagli organi delegati (arg. ex 2392, 1° comma, cod. civ.), hanno tuttavia l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione e il dovere di fare quanto loro possibile per impedire il compimento di atti pregiudizievoli di cui siano a conoscenza o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (art. 2392, 2° comma, cod. civ.).

Gli organi delegati non potranno quindi negare alcuna notizia o dato al consiglio di amministrazione. Correlativamente il consiglio nelle sue adunanze può in ogni momento prendere visione di ogni libro sociale e, in particolare, anche del libro delle deliberazioni del comitato esecutivo.

---

naio 1994, cit., p. 931, ove si aggiunge che in ogni caso il consiglio «può sempre dare istruzioni al delegato e revocarne gli atti (salvi i diritti dei terzi) ...». Coerentemente con questa impostazione, Trib. Verona 14 febbraio 1989, in *Società*, 1989, p. 954, ha giustamente negato l'omologazione a una clausola statutaria di società di capitali che prevede delega obbligatoria e permanente di tutti i poteri amministrativi proprio perché risultava inammissibilmente soppressa la facoltà di revocare ad nutum la delega.

([37]) FANELLI, *La delega di potere amministrativo nelle società per azioni*, Milano, 1952, p. 18; cfr. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 6a ed., Milano, 1975, p. 483; COTTINO, *op. cit.*, p. 534. In giurisprudenza v. Cass. 17 luglio 1979, n. 4191, *cit.*

([38]) FERRI, *cit.*, p. 683.

Verso la riforma della società per azioni non quotata (*) (**)

1. La società per azioni, secondo il modello realizzato nel codice civile del 1942, rappresenta lo strumento giuridico primario dell'iniziativa economica nel mercato tradizionale dei beni e servizi, prodotti e realizzati dall'imprenditore commerciale.

La considerazione del mercato dei capitali, nello scenario economico del 1942, aveva carattere solo indiretto, essenzialmente come contesto limitato all'offerta del credito bancario a breve e a lungo termine, mentre il mercato dell'offerta del capitale di rischio aveva un ruolo non significativo nell'approvvigionamento delle esigenze finanziarie dell'impresa.

Di qui una disciplina della società per azioni fondata sul dato che i soggetti finanziatori dell'iniziativa economica, in quanto operanti in un mercato di beni e servizi, erano rappresentati essenzialmente dai soci e cioè da coloro che promuovono e realizzano l'iniziativa economica nel proprio interesse attraverso l'apporto diretto di capitale di rischio, dai fornitori dell'impresa attraverso il credito commerciale e dal finanziamento bancario o degli istituti di credito a lungo termine. Sostanzialmente per le società quotate in borsa si aggiungeva lo strumento di accesso al finanziamento di massa costituito dal credito obbligazionario, di cui infatti si prevedeva un'articolata disciplina a tutela dei creditori obbligazionisti.

Posto che i soci di maggioranza trovano nella gestione del rischio di impresa l'autotutela per essi più conveniente, i soci di minoranza e i creditori (essenzialmente fornitori e banche) di una società non quotata operante nel mercato dei beni e dei vizi ricevevano tutela, nel sistema del codice civile del 1942 ed in presenza della limitazione di responsabilità propria delle società di capitali, piuttosto che in doveri o incentivi di patrimonializzazione, per la quale l'economia italiana non offriva strumenti, nella rigida articolazione organizzativa e nella rigorosa distinzione di competenze che si esprimeva nella nozione legislativa e nei principi por-

---

(*) *Estratto dalla Rivista delle società*, 1998, pp. 1581-1590.

(**) Relazione al Convegno tenutosi a Napoli il 23 e 24 ottobre 1998, «*La società per azioni tra passato e futuro: prospettive di riforma*», e destinata agli *Studi in onore di Luca Buttaro*.

tanti della personalità giuridica. In altri termini, a garanzia dei rapporti del titolare dell'iniziativa economica con i terzi venivano poste, diversamente che nel codice di commercio, regole giuridiche inderogabili della struttura organizzativa del soggetto imprenditore.

Minore rilievo aveva, a garanzia dei terzi, la rappresentazione veritiera e chiara dei risultati economici dell'azienda, la cui non corretta descrizione, se pure aveva ricevuto nel 1930 sanzione penale con la disciplina delle false comunicazioni sociali, non era agevolmente percepibile dai terzi a causa dell'inesistenza, nel codice civile del 1942 (e sino al 1974), di una disciplina che imponesse l'analiticità del conto economico di esercizio.

Infatti, l'assenza di un mercato dei capitali a servizio dell'attività imprenditrice comportava che la tutela dei terzi non fosse rivolta ad assicurare a questi una piena informazione sulle condizioni economico-finanziarie dell'impresa societaria, ma piuttosto tendesse a realizzarsi attraverso la previsione di norme inderogabili e la conseguente costruzione giurisprudenziale e dottrinale di principi di ordine pubblico economico. La correttezza ed efficienza della gestione imprenditoriale venivano stimolate in via primaria attraverso un'organizzazione delle competenze ripartite rigidamente tra assemblea dei soci, organo gestorio e organo di controllo, con un eccezionale, ma pervasivo, controllo del Tribunale in caso di gravi irregolarità amministrative.

Tale impianto della disciplina della società per azioni aveva, come coerenti corollari, nell'interesse, da un lato, del capitale di rischio non maggioritario e cioè dei soci di minoranza e, dall'altro, a un'efficiente gestione dell'impresa, l'inderogabilità del procedimento assembleare e quindi la disciplina della impugnativa delle deliberazioni assembleari su iniziativa essenzialmente dei soci (le impugnazioni delle deliberazioni ad opera di amministratori o sindaci si contano sulle dita di una mano), la nullità delle convenzioni di voto che svuotassero il ruolo dell'assemblea o che incidessero sull'autonomo e originario potere gestorio degli amministratori, l'interpretazione restrittiva della norma (art. 2368), che pur parrebbe consentire meccanismi di nomina degli amministratori non rigidamente ancorati al principio maggioritario e cioè all'esigenza di unità di gestione.

Tali caratteri essenziali e principi fondamentali della società per azioni si esprimevano, in sintesi, nella nuova nozione di persona giuridica, che, da figura presente in tutte le società commerciali quale mera rappresentazione della soggettività giuridica nella tradizione liberale del XIX secolo fissala nel codice di commercio e nel codice civile del 1865, veniva ristretta alle sole società di capitali.

Come conseguenza di tale concezione il nuovo tipo della società a responsabilità limitata, creato con il codice civile del 1942 al fine di rispondere ad esigenze specifiche delle piccole e medie imprese, ha teso bensì a consentire una personalizzazione della gestione societaria anche a tempo indeterminato e per tutta la durata della vita del gestore, ma nel rispetto di quella ripartizione di competenze,

che, per tutte le società di capitali caratterizzate dalla limitazione di responsabilità, si voleva posta a garanzia dell'efficienza dell'impresa e a tutela dei suoi finanziatori.

2. La formazione anche in Italia, con l'inizio degli anni '70, di un variegato mercato dei capitali, che si è posto a fianco e al servizio del mercato dei beni e servizi, ha portato in primo piano, per le società quotate, il valore dell'informazione societaria, ordinando ad esso la disciplina che, in modo alluvionale e sino al T.U. dell'intermediazione finanziaria, ha rinnovato radicalmente i caratteri delle società aperte al mercato, in sostanza la veste giuridica delle grandi imprese italiane.

Conseguentemente anche la recente evoluzione giurisprudenziale ha operato con particolare attenzione alla realtà della grande impresa ma inevitabilmente incidendo, sul piano giuridico, sull'unico tipo regolato nel codice civile e quindi modificando i principi di ordine pubblico relativi a tutte le società per azioni. Il principio dell'inderogabile competenza assembleare è stato così scardinato per un duplice fondamentale aspetto, sia legittimando nei gruppi la direzione unitaria extrassembleare, sia dichiarando valide le convenzioni di voto a maggioranza, con le quali vengono prese decisioni extrassembleari da minoranze organizzate nel sindacato. Infine, sanzionando con la nullità anche il principio della chiarezza di bilancio e cioè la violazione del valore dell'informazione dei soci e dei terzi, si è ulteriormente inciso sui principi fondanti la disciplina delle società per azioni contenuta nel codice civile.

3. Da qui si può partire per accertare quali riforme si propongono per le società non quotate, posto che, se la evoluzione giurisprudenziale sui principi di ordine pubblico economico ha interessato tutte le società per azioni e quindi anche le medie e piccole imprese, non a queste ultime si è volta la disciplina legislativa del T.U., che ha dato respiro alla tutela del pubblico risparmio e, in particolare, degli investitori istituzionali per le società quotate. D'altra parte, la nuova disciplina del T.U. è volta a garantire miglior accesso al risparmio da parte delle imprese che già possono fare ricorso, per la loro struttura di grande impresa, al pubblico risparmio. Non vi è quindi sostanzialmente materia che possa essere considerata *tout court* utile allo sviluppo delle piccole e medie imprese, per le quali pure tuttavia si pungono esigenze di accedere a nuovi e più articolati canali di finanziamento, al di là di quelli tradizionali in funzione dei quali è stata posta la disciplina del codice civile del 1942.

Per tale categoria di imprese occorre quindi agire, con strumenti incisivi e nuovi, sulla struttura giuridica societaria, onde dare a questa la flessibilità adeguata a cogliere le opportunità che il mercato dei capitali può offrire anche alle piccole e medie imprese.

Va però subito avvertito che le attuali esigenze e i problemi di struttura giuridica sono diversi per le imprese che operano in autonomia, per le quali il ricorso al credito non bancario e un'adeguata patrimonializzazione sono condizioni essenziali per la permanenza in vita e per lo sviluppo, e le imprese inserite in un gruppo societario, nel quale il compito del reperimento del credito compete alla capogruppo, che realizza invece, attraverso la piccola o media impresa controllata, una più conveniente integrazione produttiva nell'ambito dell'unitaria impresa economica. E un noto studio della Banca d'Italia, ad opera di Barca, sugli assetti proprietari e il mercato delle imprese ha evidenziato come la struttura del gruppo riguarda largamente imprese piccole e medio piccole, e precisamente il 40% delle imprese da 50 a 200 dipendenti e l'8% delle imprese da 10 a 50 dipendenti.

Per le imprese autonome, che formano la fitta trama dell'iniziativa economica in molte regioni d'Italia, l'accesso al risparmio diverso da quello canalizzato dalle banche rappresenta una condizione fondamentale dello sviluppo, sia per la ridotta capacità di fornire garanzie patrimoniali al creditore bancario, sia per consentire loro di offrire una remuneratività dell'investimento correlata ai risultati dell'impresa senza incidenza sul controllo azionario e quindi sulla pienezza di esercizio del potere gestorio e dell'iniziativa imprenditoriale. In tale prospettiva, peraltro, l'appetibilità dell'investimento, in un mercato dei capitali interessato al finanziamento delle piccole e medie imprese, richiede lo spostamento della considerazione normativa, da una generica tutela dei terzi oggi alla base della disciplina della società per azioni, agli investitori di capitali.

In questa direzione e con riferimento alle istanze di tutti gli investitori anche nelle società quotate, la risposta alla richiesta di adeguata informazione della situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa, data dalla nuova disciplina, di fonte comunitaria, dei bilanci di esercizio, se non era ancora sufficiente per le società quotate con riferimento specifico agli investitori istituzionali interessati all'intervento nella grande impresa, appare invece sostanzialmente soddisfacente per la piccola e media impresa. Per tale categoria di imprese, invece, è tuttora carente un adeguato strumento di controllo contabile interno, che consenta il monitoraggio economico-finanziario dell'impresa e che inoltre non possa essere evitato, come invece oggi avviene per il collegio sindacale, che può mancare nella società a responsabilità limitata con capitale inferiore ai duecento milioni e che non abbia superato i limiti indicati all'art. 2435-*bis* cod. civ. Di qui la necessità di un ulteriore avvicinamento dei due tipi societari della società per azioni e della società a responsabilità limitata imponendo sempre un efficace organo di controllo contabile, con un conseguente segnale dell'inutilità della permanenza del secondo tipo societario.

4. Inoltre, l'esigenza di sviluppo dell'impresa impone una risposta alle istanze di più adeguata patrimonializzazione della piccola e media impresa attraverso la

possibilità di utilizzazione di nuovi strumenti giuridici. Ed è agevole constatare che il perseguimento di tale obiettivo agevola l'innescarsi di un circolo virtuoso, per il quale l'accesso al credito è più agevole per un'impresa che dia effettive garanzie di rimborso in virtù dell'adeguatezza del patrimonio globale al giro d'affari. Di qui l'esigenza che la riforma legislativa abbandoni l'impostazione del codice civile, fondata su un'indifferenziata tutela dei terzi grazie a una rigida organizzazione societaria, per assumere l'opposta prospettiva di agevolare l'utilizzazione di ogni opportunità e di ogni nuovo strumento finanziario offerto dal mercato dei capitali anche in sede internazionale. Per conseguire con efficacia tale obiettivo è però opportuno il riconoscimento legislativo di nuove forme miste di indebitamento al confine con la partecipazione al capitale di rischio. Si pensi a titoli al portatore non incidenti sull'esercizio del potere assembleare ovvero ad azioni postergate senza diritto di voto sull'esempio degli Stati Uniti, o ancora alla possibile emissione di titoli postergati al portatore sul modello dei prestiti subordinati consentiti al sistema bancario, con una disciplina dei conferimenti di patrimonio distinta – anche se complementare – dalla disciplina del capitale sociale.

Più in generale occorre la rinuncia alla rigidità organizzativa di competenze consentendo un'ampia flessibilità statutaria, sì da rispondere, nel concreto, alle diverse e contingenti esigenze dell'impresa anche attraverso l'esercizio di un potere gestionale libero da condizionamenti posti nell'interesse pur legittimo dei soci di minoranza e quindi sino alla possibile adozione, da parte dei *managers*, di operazioni attinenti al finanziamento dell'impresa e la cui deliberazione, nell'ordinamento vigente, sarebbe di competenza dei soci.

Se si passa poi alla considerazione delle piccole e medie imprese inserite in gruppi societari, tale flessibilità, con la contrazione dei principi di ordine pubblico economico fondanti l'attuale disciplina della società per azioni, costituisce condizione indispensabile per il pieno soddisfacimento dell'esigenza di integrazione produttiva della società controllata con il vertice aziendale, solo parzialmente soddisfatta con il riconoscimento giurisprudenziale della legittimità della direzione unitaria della *holding*. Nei gruppi il ruolo dell'assemblea nelle controllate è sostanzialmente inesistente, mentre si pone l'esigenza, a tutela dei soci di minoranza e dei terzi, che il rapporto di impresa – il c.d. rapporto di dominazione nella terminologia tedesca – divenga pienamente trasparente, con la legittimazione ad un flusso continuo di direttive extrassembleari non solo di indirizzo generale, ma anche relativamente a concrete operazioni interne ed esterne al gruppo e con il riconoscimento quindi dell'interesse unitario del gruppo, ma insieme con la disciplina delle posizioni di conflitto di interesse e delle situazioni di pregiudizio alla singola società che direttive ed operazioni possano realizzare.

In altri termini, per quanto concerne le imprese inserite nel gruppo societario la flessibilità statutaria e il pieno riconoscimento di potere extrassembleare comportano, a tutela dei terzi, che l'impresa unitaria emerga attraverso una disciplina del

contratto di impresa, del sistema di indennizzi e della responsabilità della capogruppo anche senza il controllo totalitario ex art. 2362 cod. civ. Tale responsabilità, come è noto, è attualmente solo adombrata – più come monito che come realtà giuridica – dalla Banca d'Italia per i gruppi bancari.

D'altra parte, la flessibilità statutaria e gestionale postulata per le piccole e medie imprese autonome esercitata in forma societaria è essenziale per le imprese partecipi ad una grande impresa strutturata come gruppo societario. Per queste dovrebbero essere quindi riconosciute la facoltà di formalizzare come deliberazioni societarie le decisioni assunte dal socio o dai soci in modo informale, nonché la creazione di strutture gestionali nelle quali siano legittime deleghe atipiche a favore degli amministratori o, più in generale, la possibile esistenza di un organo amministrativo che abbia caratteristiche di operatività individuale analoghe a quelle presenti nei *boards of directors* anglosassoni. Nella stessa prospettiva, all'autonomia societaria dovrebbe essere consentita la costituzione, se coerente con le esigenze del gruppo, di un unitario organo amministrativo, nel quale al potere gestorio dei *directors* operativi si affianchino poteri di sorveglianza anche individuale degli altri componenti il collegio, o la previsione, accanto all'organo gestorio, di comitati di soci o di consigli di sorveglianza della capogruppo, in un variegato intrecciarsi di competenze demandato all'autonomia statutaria. L'unico vincolo inderogabile sarebbe rappresentato dal controllo contabile, con le più ampie facoltà in merito alla verifica costante dell'adeguatezza del sistema di controllo interno e dell'affidabilità del sistema amministrativo-contabile, in recepimento della nuova disciplina del collegio sindacale disposta, per le società quotate, nell'art. 149 del T.U. in materia di intermediazione finanziaria.

A questo punto vi è da domandarsi quale debba essere la sorte della società a responsabilità limitata. Infatti la duttilità della disciplina gestoria significa consentire quella forte personalizzazione della struttura amministrativa oggi consentita solo alle società a responsabilità limitata. Di qui però la conferma che, salva una effettiva delimitazione al solo servizio della piccola impresa, non vi dovrebbe essere posto, nella nuova legislazione della società per azioni, per la attuale società a responsabilità limitata, per un verso resa inutile dalla flessibilità realizzata per la società per azioni e, dall'altro, non rispondente alle esigenze dell'impresa sia di flessibilità nella ripartizione organizzativa di competenze e nella formazione delle decisioni dei soci, sia di accesso al risparmio, non consentito alla società a responsabilità limitata neppure nella forma del prestito obbligazionario.

Per converso, l'eliminazione della attuale società a responsabilità limitata dovrebbe portare, in adempimento alla direttiva comunitaria che prevede le società di capitali unipersonali, che tale possibilità venga trasferita alle società per azioni.

Sotto un profilo sistematico, poi, la previsione della società per azioni unipersonale e, insieme, la flessibilità della disciplina organizzativa delle competenze

eliminerebbero la base stessa della tradizionale contrapposizione tra contrattualismo e istituzionalismo, per l'assenza di ambedue i termini di riferimento del contratto e dell'organizzazione inderogabile orientata al perseguimento di interessi generali.

5. La globalizzazione del mercato dei capitali e, in particolare l'unicità, anche grazie alla moneta unica, del mercato dell'Unione Europea esige, anche per un altro aspetto, tale rivoluzione normativa nei principi della società per azioni italiana, che, anche se non quotata, voglia accedere al risparmio attraverso canali diversi da quello bancario. La capacità dell'ordinamento nazionale di offrire le migliori convenienze alle imprese nella competizione globale operante sul mercato dei capitali rappresenta infatti il più adeguato antidoto alla dislocazione dell'impresa italiana fuori dei confini nazionali e alla asfissia del mercato nazionale dei capitali. In altri termini, la concorrenza nell'ambito di un mercato globale rende inevitabile la competizione tra ordinamenti giuridici nel predisporre i modelli delle strutture giuridiche dell'impresa.

In effetti, il nuovo modello di società per azioni non quotata si configura sostanzialmente come una società personale a responsabilità limitata sull'esempio di altre legislazioni occidentali. Dalla fine degli anni '70 è stato creato negli Stati Uniti il nuovo tipo della Limited Liability Company, e, soprattutto, le varie legislazioni hanno reso largamente flessibile la formazione degli statuti societari delle *corporations* non quotate. E per venire incontro alle esigenze di finanziamento delle società da poco costituite e ad elevato tasso tecnologico – e quindi ad alta redditività ma anche ad alto rischio – come nei settori delle telecomunicazioni e telematico, si sono previste azioni al portatore privilegiate solo sulla quota di liquidazione, onde l'investitore abbia maggiori probabilità di rientrare in tutto o in parte dell'investimento in caso di insuccesso dell'iniziativa.

Anche in Gran Bretagna le società per azioni non aperte al pubblico risparmio o *private companies* secondo il *Companies Act* del 1985 sono caratterizzale da un alto grado di incidenza dell'autonomia statutaria sul modello legale, con la caratteristica inoltre che la disciplina legislativa è omogenea per le *private companies* e per le *public companies*, ciò che agevola il passaggio dall'una all'altra categoria e cioè all'apertura al pubblico risparmio: soluzione questa di rilievo anche per il legislatore italiano se si tiene presente che la disciplina di base delle società per azioni quotate regolate nel T.U. dell'intermediazione finanziaria è la comune disciplina del codice civile ed è auspicabile che, proprio per non rendere più complesso il passaggio della società alla quotazione sui mercati regolamentati, la disciplina di base resti omogenea per tutte le società per azioni. Ciò non toglie peraltro che in Gran Bretagna per le *private companies* sia prevista una forte semplificazione del procedimento assembleare, con la possibilità di deliberazioni assunte per iscritto senza assemblea, con possibile esonero della approvazione dei conti

annuali in assemblea, salvo richiesta di soci o *auditors*, ai quali deve essere inviata la documentazione contabile.

Sul piano poi della risposta alle esigenze finanziarie delle *private companies* è, da un lato, consentita la delega a tempo indefinito ai *directors* per il collocamento delle azioni e, dall'altro, il disinvestimento azionario è agevolato – cosi rendendo più appetibile l'investimento – con la possibilità di rimborso delle azioni anche intaccando il capitale se la riduzione del capitale non incide sull'operatività della società e sulla certezza di adempimento regolare delle obbligazioni, nonché con analoga disciplina dell'acquisto di azioni proprie da parte della *private company*.

Come è noto, anche la Francia si è posta sulla strada dell'ampio spazio dato all'autonomia statutaria, sia per l'assunzione delle deliberazioni dei soci che per l'organizzazione gestionale delle società, con il nuovo modello della *société par actions simplifiée*, introdotto con la legge n. 94-1 del 3 gennaio 1994. È rimessa infatti all'autonomia statutaria la eventuale ripartizione degli amministratori tra i soci, la determinazione dei *quorum* deliberativi, la possibile forma libera delle decisioni, la consultazione dei soci tramite corrispondenza e videoconferenza. È necessario però avvertire che la nuova disciplina intende affrontare solo i problemi e le esigenze dei gruppi societari e della cooperazione tra imprese, dato che il nuovo tipo societario è riservato alle società per azioni partecipate da società (queste ultime con capitale interamente versato di almeno 1.5 mil. di franchi e le prime con un capitale minimo di 250.000 franchi). E, proprio per garantire la coesione dell'azionariato, e prevista la possibile inalienabilità delle azioni e la esclusione del socio quando l'assetto del controllo della società socia venga a modificarsi.

La Germania ha avuto meno bisogno di significative innovazioni legislative ai fini della flessibilità societaria, alla quale provvede il modello della società a responsabilità limitata, largamente presente per le piccole e medie imprese come dimostra il rapporto numerico di 1 a 150 fra società per azioni e società a responsabilità limitata.

Infatti, il § 45 del GmbH Gesetz ha rovesciato il principio della generale imperatività posto per la società per azioni, e ha invece previsto che «i diritti che spettano ai soci nelle vicende della società, con particolare riguardo alla conduzione degli affari nonché all'esercizio degli stessi, sono disciplinati dall'atto costitutivo, salvo contrarie disposizioni di legge». Per conseguenza il processo di formazione della volontà sociale è rimesso all'autonomia societaria e i soci quindi, se consentito dallo statuto, possono prendere decisioni anche se non riuniti in assemblea con manifestazioni scritte individuali di volontà. Inoltre, lo statuto può creare liberamente organi con poteri deliberativi o consultivi, come commissioni di soci o assemblee di delegati. Nei gruppi, i patti di dominazione possono conferire poteri di istruzione extrassembleare al socio e anche a terzi estranei alla società.

E invece carente, anche nella società a responsabilità limitata tedesca, una risposta alla istanza di patrimonializzazione della impresa sociale. E per questo che

è stata da più parti affermata l'esigenza di predisporre anche le GmbH all'accesso ai mercati dei capitali. Soprattutto il recente legislatore tedesco è intervenuto con legge 2 agosto 1994, agendo sul tipo della società per azioni, la cui struttura giuridica è di per se più idonea al reperimento di capitali di credito e di rischio. Si è inteso così assicurare, relativamente alla piccola società per azioni e con la deregolamentazione del diritto delle società per azioni, una maggiore flessibilità operativa, anche se con limitate modifiche, come, in particolare, la semplificazione del procedimento assembleare, onde non è tuttora chiaro se la nuova legge sia destinata al successo.

6. In conclusione, anche da questo scorrere di esperienze straniere è agevole constatare che è riconosciuto come indispensabile ed è giunto pressoché a compimento in altri ordinamenti occidentali un processo innovativo verso un modello di società per azioni che, pur se, per la dimensione dell'impresa, non aperta al pubblico risparmio, sia tuttavia in grado di agevolare l'investimento di capitali nell'impresa con strumenti giuridici diversi e sia in grado di assumere decisioni gestionali e dei soci nelle forme e con i procedimenti più adeguati ai bisogni dell'impresa. Di qui, per l'Italia, l'auspicio di una profonda modifica dell'attuale disciplina della società per azioni sulla linea di indirizzo delineata con la correlata eliminazione del tipo della società a responsabilità limitata o la sua delimitazione effettiva al solo servizio della piccola impresa.

Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni (*) (**)

Sommario: 1. Modifiche della disciplina nel 2003 e nel 2010. – 2. Eliminazione del divieto di voto. Legittimazione al voto del soggetto in conflitto di interessi. – 3. Divieto di voto a carico degli amministratori e dei componenti del consiglio di gestione. Difetto di legittimazione. – 4. Risarcibilità ai soci di minoranza del solo danno diretto dalla deliberazione illegittima. – 5. Assenza di deliberazione assembleare. Sentenza di accertamento. – 6. Inesistenza di rapporti contrattuali tra i soci. Principio di correttezza. Ammissibilità di azione risarcitoria tra soci in presenza di danno diretto della minoranza. – 7. Risarcibilità del danno indiretto nella disciplina dei gruppi. – 8. Legittimazione all'intervento e al voto del socio in conflitto di interessi nelle società quotate. Eliminazione comunitaria di disciplina statutaria di blocco delle azioni. – 9. Estensione della disciplina a coloro che abbiano un interesse in conflitto. Fenomeno della proprietà nascosta delle azioni. – 10. Divieto di comunicazione dei dati identificativi dell'azionista in conflitto di interessi. Riduzione della portata sanzionatoria della disciplina del conflitto di interessi assembleare a favore di una disciplina di prevenzione. – 11. Caratteri dell'interesse particolare e del conflitto. – 12. Caratteri dell'interesse della società.

1. Modifiche della disciplina nel 2003 e nel 2010

La disciplina del conflitto di interessi nell'assemblea della società per azioni, contenuta nell'originario art. 2373 c.c., è stata modificata con due interventi legislativi del 2003 con la riforma delle società di capitali (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) e del 2010 con il decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 27, in attuazione della direttiva 2007/36/CE relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate.

Con la riforma del 2003 è stata riformulata l'intera disposizione che prevedeva, in un primo comma, un *divieto di voto* per il socio in conflitto di interessi ("Il diritto di voto non può essere esercitato dal socio nelle deliberazioni in cui egli ha, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società").

Con l'abrogazione del primo comma è stato eliminato il divieto di voto. Con-

---

(*) Estratto dalla *Riv. dir. comm*., 2011, I, pp. 379-396.

(**) Il presente saggio è destinato agli Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger.

seguentemente è stato riveduto il secondo comma, divenuto il primo, disponendo l'impugnabilità della deliberazione approvata con il voto determinante di soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società qualora la deliberazione possa recarle danno. Il precedente riferimento al criterio quantitativo di calcolo ("la necessaria maggioranza") è stato sostituito con il carattere "determinante" del voto dei soci in conflitto di interessi. Tuttavia l'art. 2377, richiamato dall'art. 2373, chiarisce, ai fini del conteggio dei voti, che il carattere determinante deve essere valutato ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta, confermando il riferimento alla significatività aritmetica del voto determinante ([1]).

Nel nuovo secondo comma, mantenuto il divieto di voto per gli amministratori nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità, a seguito dell'introduzione del sistema dualistico di amministrazione è stato aggiunto il divieto di voto per i componenti del consiglio di gestione nelle deliberazioni riguardanti la nomina, la revoca o la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza.

E stato abrogato il quarto ed ultimo comma sulla computabilità, ai fini della regolare costituzione dell'assemblea, delle azioni per le quali operava il divieto di voto.

Nel 2010, con il d.lgs. n. 27/2010 (art. 1, co. 7) con il mutamento di una parola si è sostituito nell'art. 2373, ai fini della impugnabilità della deliberazione assembleare, il rilievo del voto determinante dei "soci" con il voto determinante di "coloro" che abbiano un interesse in conflitto con quello della società. Parallelamente, nell'art. 2363, co. 3, concernente i *quorum* costitutivo e deliberativo e nel quale con la riforma del 2003 si è distinto tra le azioni per le quali il diritto di voto non può essere esercitato e le azioni per le quali il socio dichiari di astenersi per conflitto di interessi, il "socio" è stato sostituito con il "soggetto al quale spetta il diritto di voto".

2. Eliminazione del divieto di voto. Legittimazione al voto del soggetto in conflitto di interessi

La eliminazione del divieto di voto per il socio in conflitto di interessi, come evidenziato nella Relazione allo schema di delega al Governo, intendeva "eliminare dubbi e problemi, che possono sorgere in particolare nelle assemblee convocate per le fusioni, dove è frequente che un socio, spesso di maggioranza, possie-

([1]) Cfr. M.T. CIRENEI, *Art. 2373*, *Conflitto di interessi*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società diretto da E d'Alessandro*, voi. II, tomo I, Padova, 2010, pp. 778-779; A. BLANDINI, *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 410.

de partecipazioni in entrambe le società interessate e non sembra ammissibile che in tal caso ogni decisione sia rimessa alla minoranza" ([2]).

Esclusa così un'inversione dei ruoli propri di maggioranza e minoranza secondo i principi che reggono l'organizzazione delle società per azioni, si è evitato anche che dal divieto di voto potesse trarsi il corollario per il quale il presidente dell'assemblea, che non fosse espressione della maggioranza, avesse il potere di escludere dal voto il socio di maggioranza. Tale rischio si era accresciuto con la riforma del 2003 che ha determinato i poteri del presidente dell'assemblea il quale "accerta l'identità e la legittimazione dei presenti" (art. 2371). Dal divieto di voto avrebbe potuto trarsi la conseguenza che il socio in conflitto di interessi non fosse legittimato all'esercizio del voto con il conseguente potere del presidente di accertarne il difetto di legittimazione, anche se dalla ricognizione storica si era giunti alla conclusione, largamente condivisa, che il divieto di voto non attenesse alla legittimazione, in quanto l'art. 2373 deve essere interpretato unitariamente con il comma che consente la impugnabilità della deliberazione assembleare solo se la deliberazione possa recare danno alla società ([3]).

Con la novella del 2010 è stato però definitivamente chiarito che la disciplina del conflitto di interessi assembleare ha il suo riferimento soggettivo nel "soggetto al quale spetta il diritto di voto", che è legittimato all'intervento in assemblea (art. 2370, co. 1) e che può dichiarare di astenersi (art. 2368, co. 3) con ciò avendosi la conferma che egli è legittimato al voto.

Non vi è dubbio quindi che il socio che abbia un interesse in conflitto con quello della società è legittimato all'intervento e al voto in assemblea e che il presidente dell'assemblea non ha il potere di escluderlo assumendo un suo difetto di legittimazione. Si conferma che la disciplina del conflitto di interesse non consente alla minoranza di sostituirsi al socio di controllo e di prendere decisioni in violazione del principio di maggioranza, fondamento della disciplina della società per azioni. Resta fermo che il soggetto può dichiarare di astenersi dal voto.

([2]) Il brano è riportato da M.T. CIRENEI, *op.cit.*, p. 759, nota 14.

([3]) Sulla ricognizione storica e sulla *ratio* del divieto di voto mi sia consentito rinviare a A. GAMBINO, *La disciplina del conflitto di interessi del socio*, in questa *Rivista*, 1969, I, pp. 416-419; recentemente, C. PASQUARIELLO, in *Il nuovo diritto delle società a cura di A. Maffei Alberti*, vol. I, art. 2373, Padova, 2005, pp. 494 ss. e dottrina e giurisprudenza cit. a p. 495, nota 6; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni diretto da Colombo-Portale*, vol. III, 2, Torino, 1993, p. 119.

3. Divieto di voto a carico degli amministratori e dei componenti del consiglio di gestione. Difetto di legittimazione

Nell'art. 2373 sono previste anche due fattispecie tipizzate di conflitto di interessi del socio con la previsione di divieti di voto. Il divieto è stato mantenuto a carico degli amministratori nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità (art. 2364, co. 1, n. 4). A seguito dell'introduzione del sistema dualistico di amministrazione si è aggiunto che i soci componenti del consiglio di gestione non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la nomina, la revoca e la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza.

La prima disposizione ha origine nel codice di commercio 1882 nel quale per i soci amministratori vigeva il divieto di voto nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità e l'approvazione dei bilanci (art. 161), con una disciplina ispirata al principio che non si può essere, al medesimo tempo, giudice e parte (*nemo judex in causa propria*) ([4]). La seconda disposizione ha esteso il divieto di voto alle situazioni potenzialmente conflittuali tra organi di gestione e organi di controllo al fine di garantire l'indipendenza e il corretto esercizio dei poteri di vigilanza del consiglio di sorveglianza nei confronti del consiglio di gestione.

In tali casi al divieto di voto consegue il difetto di legittimazione dei soci amministratori o componenti del consiglio di gestione in quanto, nel secondo comma dell'art. 2373, il divieto non è collegato, come nel primo comma, ad un'impugnabilità della deliberazione assembleare condizionata a un ulteriore requisito (il danno potenziale per la società). Ne consegue anche il potere del presidente dell'assemblea, previsto nel rinnovato art. 2371, di accertare il difetto di legittimazione e di escludere dal voto i soci non legittimati ([5]). La gravità del conflitto, che influisce sulla corretta gestione della società, ha portato, come già nel codice di commercio, ad attribuire alla minoranza il potere di decidere sull'azione di responsabilità.

4. Risarcibilità ai soci di minoranza del solo danno diretto dalla deliberazione illegittima

Le conseguenze giuridiche determinate nell'art. 2373 dall'approvazione di una deliberazione con il voto determinante del soggetto in conflitto di interessi sono l'impugnabilità della deliberazione dell'assemblea presa in violazione di legge ex art. 2377, come previsto dallo stesso art. 2373 (co. 1), e, nel caso di soggetti che

([4]) A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 378 e dottrina ivi citata.

([5]) M.T. CIRENEI, *op. cit.*, pp. 778-779; p. 409; A. BLANDINI, *op.cit.* p. 409.

non rappresentino la quota di capitale richiesta per la legittimazione all'impugnazione, il rimedio risarcitorio disposto con la riforma societaria del 2003 nei confronti della società per il danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge (art. 2377, co. 4).

Si pone peraltro il problema se il rimedio risarcitorio, che deve essere esperito nello stesso termine di novanta giorni disposto per l'impugnazione, spetti anche ai soci di minoranza che posseggano una quota di capitale (cinque per cento e uno per mille nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) che consente l'annullamento della deliberazione e quindi se il rimedio sia esperibile congiuntamente all'invalidazione ([6]). Il problema va al di là del tema delle conseguenze giuridiche della deliberazione presa con il voto determinante del soggetto in conflitto di interessi, poiché riguarda la portata del più generale art. 2377 relativo a tutte le deliberazioni assembleari non prese in conformità della legge o dello statuto.

Al riguardo la soluzione positiva è argomentabile dalla previsione normativa che, nel caso che nel corso del giudizio venga meno il possesso della quota di capitale richiesta per l'impugnazione, il giudice non può pronunciare l'annullamento e provvede sul risarcimento dell'eventuale danno se richiesto (art. 2378, co. 2). Il presupposto di fatto di tale disciplina è infatti che siano state esperite congiuntamente l'impugnazione della deliberazione e l'azione di risarcimento danni.

Inoltre, se l'annullamento della deliberazione non elimina il danno prodottosi a carico del socio impugnante, questi potrà chiedere alla società il ristoro di tale pregiudizio sulla base dei principi dell'illecito (art. 2043), purché direttamente conseguente nella sfera patrimoniale del socio alla esecuzione della deliberazione invalida. Ciò anche se è vero che il risarcimento da parte della società comporta che questa subisca un pregiudizio, nel risarcire pro-quota il socio di minoranza, a danno degli altri soci di minoranza che non agiscano nei confronti della società.

Appare infatti corretta un'interpretazione dell'art. 2377 e dell'art. 2373, per la quale il risarcimento del danno cagionato ai soci di minoranza dalla deliberazione illegittima comprenda solo il danno diretto, inteso come perdita nel proprio patrimonio, esclusa la risarcibilità del danno indiretto costituito dalla perdita di valore della quota di partecipazione quale conseguenza della perdita di valore del patrimonio sociale, secondo l'orientamento espresso, superando il contrasto formatosi tra due opposti indirizzi, dalle sezioni unite della Cassazione in tema di illecito a

---

([6]) F. CHIAPPETTA, *Annullabilità delle deliberazioni*, in *Commentario alla- riforma delle società diretto da P. Marchetti*, *L.A. Bianchi*, *F. Grezzi e M. Notari*, *Assemblea*, Milano. 2008, pp. 284-285; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 309; nel senso del cumulo dell'annullamento con il risarcimento del danno comunque arrecato anche a seguito dell'annullamento F. D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, I, pp. 11-12.

danno di società di capitali, per il quale non è risarcibile il danno indiretto subito dai soci per la perdita di valore della partecipazione sociale ([7]). Il danno indiretto potrà essere risarcibile ai soci solo nei casi contemplati da una disciplina positiva, come per i gruppi (art. 2497).

5. Assenza di deliberazione assembleare. Sentenza di accertamento

Nel caso in cui invece manchi la deliberazione assembleare in quanto la decisione proposta dalla minoranza sia stata respinta dalla maggioranza in conflitto di interessi, non essendovi l'oggetto di domanda di annullamento e non essendo direttamente applicabile il rimedio risarcitorio, disposto dall'art. 2377 in presenza di deliberazione assembleare invalida, si pone il problema se la proposta di deliberazione della minoranza assembleare respinta dalla maggioranza in conflitto di interessi possa formare oggetto di accertamento sia al fine del risarcimento del danno diretto che possa derivare al socio di minoranza dalla mancata deliberazione, sia anche dichiarandosi con sentenza una deliberazione conforme alla proposta della minoranza.

La risposta al secondo quesito sarebbe pregiudizialmente negativa se si accogliesse l'indirizzo, espresso dalla Cassazione, per il quale una sentenza di accertamento di una deliberazione assembleare opposta a quella non approvata dalla maggioranza in conflitto di interesse non sarebbe possibile in quanto le deliberazioni assembleari completerebbero il loro *iter* formativo con la proclamazione, che avrebbe carattere costitutivo della deliberazione per la natura di questa di atto collegiale ([8]).

([7]) Cass. sez. un. 24 dicembre 2009, n. 27346, in *De Jure Mass.*, che accoglie l'indirizzo tradizionale e prevalente (dalla sentenza n. 3742 del 1988 alla sentenza n. 17938 del 2005) per il quale il pregiudizio derivante al socio è un pregiudizio indiretto con la conseguenza che il diritto al risarcimento spetta alla società e non al socio, in contrasto con indirizzo (dalla sentenza n. 11059 del 1995 alla sentenza n. 15721 del 2005) che qualifica il pregiudizio del socio come danno derivante della lesione del diritto di partecipazione; nel senso delle sezioni unite M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto societario a cura di A. Genovese*, Torino, 2004, p. 10; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale*, voi. II, Torino, 2006, p. 191; in senso problematico circa la risarcibilità del danno indiretto R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria delle minoranze*, in *Il nuovo diritto delle società diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale*, *cit.*, pp. 153-155; per la risarcibilità anche del danno indiretto R. LENER, *Società di capitali*, in *Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres*, voi. I, Napoli, 2004, art. 2377, pp. 554-555; S. SANZO, *Il nuovo diritto societario. Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante*, *O. Cagnasso*, *P. Montalenti*, Bologna, 2004, art. 2377, pp. 626-627; G. GUERRIERI, in *Il nuovo diritto delle società a cura di A. Maffei Alberti*, voi. I, art. 2377, Padova, 2005, pp. 543-544; v. anche C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, p. 107.

([8]) Cass. 26 agosto 2004, n. 16999, in *Le società*, 2005, 600, per la quale "La deliberazione as-

In tale orientamento tuttavia il carattere costitutivo della dichiarazione di proclamazione dei risultati della votazione viene dedotto dalla costruzione dogmatica della deliberazione come atto corporativo, che avrebbe natura analoga a deliberazioni di diritto pubblico. L'affermazione non trova però conforto nella disciplina delle società di capitali e, in particolare, nei poteri del presidente dell'assemblea, tra i quali non è indicato un potere di proclamazione a carattere costitutivo della deliberazione assembleare. La tesi appare anzi contraddetta dal dato testuale, introdotto con la riforma societaria del 2003, che determina i poteri del presidente limitandoli all'accertamento ("accerta") dei risultati della votazione (art. 2371) e che non richiede, per la validità della deliberazione assembleare, alcun atto di proclamazione, risolvendo così la deliberazione nel solo momento indefettibile della votazione posto che la stessa convocazione può mancare e il suo difetto essere sanato nei limiti temporali fissati dalla legge (art. 2379). In questo quadro normativo non appare possibile dedurre l'esistenza di un potere di proclamazione di carattere costitutivo della deliberazione non da norme positive, ma da una costruzione dogmatica affidata ad una indimostrata analogia con il diritto pubblico.

Inoltre, nel caso, l'accertamento giudiziale di una deliberazione respinta dalla maggioranza in conflitto di interessi non sarebbe fondato su un errore nei conteggi. Infatti, non avendo né l'assemblea né il presidente il potere di escludere dalla votazione il soggetto in conflitto di interessi, se il voto viene computato ai fini della reiezione della proposta della minoranza il conteggio è corretto ([9]). Non vi sarebbe quindi, con una sentenza di accertamento di una decisione positiva, la correzione di un errore tecnico, ma l'applicazione a una deliberazione negativa dei criteri che condurrebbero all'annullamento di una deliberazione positiva (voto determinante del soggetto in conflitto di interessi e dannosità potenziale della deliberazione) con conseguente annullamento della deliberazione negativa.

Per trasformare però la deliberazione di rigetto in deliberazione positiva si deve aggiungere il passaggio che il giudice, anziché doversi limitare all'annullamento della deliberazione, come previsto dall'art. 2373, possa procedere all'annullamento dei singoli voti (i voti espressi dalla maggioranza in conflitto di interessi) e a non computarli ai fini del quorum deliberativo ([10]). Tuttavia la non com-

---

sembleare, quale atto corporativo, è individuata... dal fatto formale ed oggettivo della proclamazione dei risultati della votazione, che ha pertanto carattere costitutivo e, in quanto tale, non può essere surrogato dall'accertamento giudiziale dell'erroneità del conteggio dei voti"; in dottrina G. PORTALE, *«Minoranze di blocco» e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «Gouvernement des juges»?*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 174 s.

([9]) Cfr. C. PASQUARIELLO, *op. cit.*, p. 503.

([10]) In senso positivo app. Roma, 29 maggio 2001, in *Foro It.* 2001,1, 3395 ss.; Trib. Velletri, 26 gennaio 1994, ord., in *Foro It.* rep. 1994, n. 528 e 542; in senso negativo Trib. Milano, 2 giugno 2000, ord., in *Foro It*, 2000,1, 2, 3643 con nota di L. ENRIQUES ove ulteriori riferimenti di giurisprudenza e dottrina.

putabilità dei voti della maggioranza in conflitto ai fini del raggiungimento del quorum deliberativo per l'approvazione della deliberazione è normativamente consentita solo nel caso di dichiarazione di astensione per conflitto di interessi (art. 2368 ult. co.).

Un accertamento giudiziale di deliberazione non approvata dall'assemblea dovrebbe quindi fondarsi sul procedimento analogico, come proposto da dottrina per la quale potrebbe accertarsi con sentenza l'approvazione di una deliberazione non presa dalla maggioranza purché la reiezione sia potenzialmente dannosa per il patrimonio sociale ([11]). Al riguardo peraltro può dubitarsi che una deliberazione di approvazione della proposta della minoranza sia assistita dalla stessa *ratio* presente nella disciplina dell'annullamento della deliberazione assunta in conflitto di interessi che, previo accertamento del requisito del danno potenziale per la società, intende espungere la deliberazione dall'ordinamento societario conservando la legittimazione esclusiva della maggioranza a prendere legittime decisioni assembleari. La finalità di una deliberazione positiva sarebbe infatti di realizzare un effetto ulteriore rispetto all'annullamento, con la sostituzione della minoranza nella competenza alle decisioni assembleari. Si attuerebbe quella inversione dei ruoli tra maggioranza e minoranza non consentita dalla disciplina societaria che prevede solo l'annullamento della decisione presa in conflitto di interessi mantenendo alla maggioranza il potere di prendere le decisioni.

6. Inesistenza di rapporti contrattuali tra i soci. Principio di correttezza. Ammissibilità di azione risarcitoria tra soci in presenza di danno diretto della minoranza

Quanto al primo problema se i soci di minoranza possano chiedere il risarcimento del danno non solo nel caso contemplato dall'art. 2377 di approvazione di deliberazione illegittima, ma anche a seguito della reiezione, da parte della maggioranza in conflitto di interessi, della deliberazione che, se approvata, sarebbe stata vantaggiosa per la società, è stata ritenuta proponibile l'azione risarcitoria sia nei confronti della società sia nei confronti dei soci di maggioranza che, re-

([11]) D. PREITE, *op. cit.*, pp. 120-122; nello stesso senso A. GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società*, Milano, 2007, pp. 373-379 con riferimento alla partecipazione dell'offerente azionista della società bersaglio all'assemblea sull'OPA, ove ulteriore giurisprudenza e dottrina. Il procedimento analogico, se fondato, non sarebbe precluso dal carattere dell'art. 2373, che non costituisce norma eccezionale essendo espressione dell'esigenza che i rapporti tra i soci siano improntati al canone della correttezza in coerenza con gli scopi dell'organizzazione societaria (cfr. D. PREITE, *op. cit.*, p. 114); in senso negativo C. PASQUARIELLO , *op. cit.*, *loc. ult. cit.;* D. D'AIUTO, *Codice commentato delle s.p.a. diretto da G. Fauceglia e G. Schiavo di Pepe*, tomo II, Torino, 2007, art. 2373, p. 476 ove anche giurisprudenza.

spingendo la proposta della minoranza, abbiano perseguito un interesse particolare a danno della società o abbiano abusato dell'esercizio del voto ([12]), oltre l'azione risarcitoria della società per il comportamento illegittimo dei soci di maggioranza.

Per quanto concerne la responsabilità della società, l'imputabilità ad essa del voto abusivo della maggioranza, diversamente dall'ipotesi di deliberazione positiva contemplata nell'art. 2377, non trova conforto in disposizioni normative. Al contrario, poiché il comportamento abusivo nell'esercizio del voto può aver comportato un pregiudizio alla società, a questa compete in via primaria la legittimazione attiva per il ristoro della perdita di *chances* conseguente alla mancata deliberazione.

Per quanto concerne la responsabilità del socio di maggioranza nei confronti degli altri soci, una conclusione positiva potrebbe conseguire all'accoglimento della tesi affermata in una sentenza di Cassazione, per la quale anche nella società per azioni i rapporti tra i soci assumono rilevanza giuridica, in quanto lo svolgimento del rapporto associativo deve essere considerato come attività di esecuzione del contratto sociale ([13]). Di qui la possibilità di applicare ai rapporti tra i soci la disciplina che nell'esecuzione del contratto vincola reciprocamente i contraenti a un comportamento secondo buona fede (art. 1375) e il principio dell'abuso del diritto, salvo il limite del danno indiretto che normalmente consegue al comportamento del socio di maggioranza.

È certamente esatta la premessa da cui muove l'argomentazione, per la quale l'inesistenza di rapporti contrattuali tra i soci non potrebbe essere desunta, con un sillogismo, dalla personalità giuridica della società per azioni (art. 2331, co. 1), in quanto l'ente persona giuridica è un centro di imputazione meramente transitorio e strumentale, espressione di una normativa avente ad oggetto relazioni tra uomini.

La tesi appare tuttavia in contrasto con la disciplina delle società per azioni, che non consente l'accostamento di queste alle società di persone nelle quali il contratto di società rappresenta la fonte regolatrice di rapporti tra i soci ai quali compete il potere gestorio e quindi l'esecuzione del contratto sociale, data l'ampia libertà ad essi riconosciuta di fissare le caratteristiche organizzative della società.

Nella società per azioni invece la specifica disciplina organizzativa, con articolazione inderogabile di competenze deliberative, gestorie e di controllo a tutela dei terzi in dipendenza della limitazione di responsabilità, non consente ai soci di svolgere un'attività esecutiva del contratto sociale, come avviene nei contratti con

---

([12]) D. PREITE, *op. cit.*, *loc.ult. cit.*, A.M. CIRENEI, *op. cit.*, p. 809.

([13]) Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329 ss. con commento di P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI "*Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*".

comunione di scopo fondanti associazioni o società di persone. In altri termini, nella società per azioni, la rigorosa disciplina delle competenze esclude la rilevanza di rapporti giuridici tra i soci che consentano loro di incidere sulle caratteristiche organizzative della società con modalità diverse da quelle fissate dalle norme che attribuiscono competenze organiche.

Tuttavia sulla base dell'ulteriore accostamento, compiuto dalla Cassazione, al generale principio di solidarietà che abbraccia tutti i rapporti giuridici obbligatori, anche di origine non contrattuale, vincolando le parti al dovere di lealtà e rispetto della sfera altrui (art. 1175) e sulla base della rilevanza del principio dell'abuso del diritto, potrebbe essere riconosciuta un'azione risarcitoria extracontrattuale dei soci di minoranza nei confronti del soggetto che esercita il controllo e che con il suo voto (in conflitto di interessi o abusivo) abbia arrecato loro un danno diretto ([14]).

La configurabilità di un principio di correttezza nelle società per azioni, desumibile dall'art. 1175 e dall'art. 2373, era stata, in effetti, già ampiamente illustrata nel quadro del principio costituzionale di solidarietà, giungendo alla conclusione dell'annullabilità per violazione di legge (art. 2377) della deliberazione assembleare presa abusivamente dalla maggioranza ([15]). Inoltre, l'evoluzione del contesto sociale e dei principi di solidarietà e di divieto dell'abuso di diritto consente oggi di ritenere, secondo l'indirizzo espresso dalla Cassazione, che nella società per azioni il dovere di correttezza posto dall'art. 1175 si esprima in un vincolo reciproco con effetti obbligatori tra i soci, anche se resta ferma la conclusione negativa nel caso di assenza di un danno diretto provocato alla minoranza dal comportamento della maggioranza, trovando applicazione l'indirizzo delle sezioni unite della Cassazione che esclude la risarcibilità del danno indirettamente subito dai soci al valore della partecipazione.

7. Risarcibilità del danno indiretto nella disciplina dei gruppi

La conclusione della non risarcibilità del danno indiretto subito dai soci di minoranza deve peraltro tenere presente la disciplina prevista per i gruppi con la riforma societaria del 2003, che prevede la risarcibilità del danno indiretto subito dal socio alla redditività e al valore della partecipazione sociale (art. 2497), con sanzione risarcitoria a comportamenti in conflitto di interessi di società o enti, solo ai quali la disciplina è riferibile (incipit dell'art. 2497 confermato, con l'esclusione dello Stato, dall'art. 19 co. 6 d.l. 1° luglio 2009, n. 78, conv. in l. 3 agosto 2009, n. 102).

([14]) A.M. CIRENEI, *op. cit.*, p. 807-809.

([15]) A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, pp. 274 ss.

Infatti le società o gli enti che, mossi da un interesse particolare in contrasto con l'interesse sociale, assumono o fanno assumere, nella catena di controllo che faccia loro capo, deliberazioni assembleari potenzialmente dannose per la società controllata, agiscono nell'esercizio di un'attività di direzione in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e, in virtù dell'art. 2497, sono responsabili nei confronti dei soci di minoranza della società soggetta a controllo per il danno indiretto da questi subito alla redditività e al valore della partecipazione sociale, salvo che vantaggi compensativi abbiano eliminato il danno. La responsabilità si estende alla persona fisica che abbia tratto beneficio dall'esecuzione della deliberazione assembleare (art. 2497, co. 1 e 2).

8. Legittimazione all'intervento e al voto del socio in conflitto di interessi nelle società quotate. Eliminazione comunitaria di disciplina statutaria di blocco delle azioni

La riforma delle società di capitali del 2003 ha inciso sulla disciplina del conflitto di interessi assembleare anche per effetto della novellata disciplina del diritto di intervento in assemblea e dell'esercizio del voto (art. 2370), su cui è intervenuta nel 2010 l'applicazione della normativa comunitaria posta dalla direttiva 2007/36/CE.

Già dal 1998 per le società quotate (d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 – decreto euro) il diritto di intervento in assemblea e l'esercizio del voto del socio – quindi anche del socio che abbia un interesse in conflitto con quello della società – a seguito del sistema di legittimazione all'intervento e al voto tramite l'intermediario non dipende più dai requisiti dell'iscrizione nel libro soci e del deposito delle azioni, con disciplina derogabile dallo statuto ma con termine di blocco non superiore a due giorni ("non festivi" secondo la previsione dell'art. 10 d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310). Per conseguenza, nell'art. 2370 novellato nel 2003 (co. 1) è stata sostituita l'espressione contenuta nel codice civile del 1942 concernente i requisiti di iscrizione e deposito con la previsione "possono intervenire all'assemblea gli azionisti cui spetta il diritto di voto", collegando quindi direttamente il potere di intervento e di voto alla qualità di azionista. Ad esso compete, come tale, il diritto di voto (art. 2351), con legittimazione acquisita all'esterno dell'organizzazione societaria in base alla disciplina delle negoziazioni degli strumenti finanziari, salvo l'obbligo dell'iscrizione nel libro soci per coloro che hanno partecipato all'assemblea o che hanno effettuato il deposito o per i quali l'intermediario ha effettuato la comunicazione (art. 2370, co. 3). Con la registrazione nel conto tenuto dall'intermediario è stata conferita infatti al titolare del conto la "legittimazione piena ed esclusiva" all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari registrati nel conto (art. 32, co. 1 decr. euro) con correlata titolarità dei diritti

nei confronti dei terzi in base a titolo idoneo e in buona fede, in analogia con le caratteristiche dei titoli di credito cartacei (art. 1994 c.c.) in capo al titolare del conto (art. 32, co. 2 decr. euro). La disciplina del conflitto di interessi assembleare è così divenuta operante dal momento della negoziazione e della registrazione del trasferimento nel conto.

Sul piano economico, l'eliminazione dell'ostacolo all'esercizio dei diritti rappresentato dalla disciplina di blocco delle azioni per un certo periodo precedente l'assemblea, salva previsione statutaria nei limiti dei due giorni (art. 2370 novellato con la riforma del 2003), dato che una disciplina di blocco incide sul prezzo corrisposto per l'acquisto delle azioni (considerando n. 3 direttiva 2007/36/CE), ha inciso sul valore delle azioni nelle società quotate. Il valore di mercato dello strumento finanziario ha così assunto rilievo autonomo rispetto al valore patrimoniale della quota di partecipazione al patrimonio aziendale e, nella disciplina del conflitto di interessi assembleare, l'interesse al valore dell'azione in capo al titolare del conto è divenuto una componente – anche se non l'unica – dell'interesse della società, indicato dall'art. 2373 quale secondo termine del conflitto con l'interesse personale dell'azionista. In questa prospettiva di tutela del valore di mercato delle azioni si è modellato quindi anche l'art. 2373, a tutela dell'interesse sociale da interessi personali che possano provocare un danno patrimoniale alla società.

9. Estensione della disciplina a coloro che abbiano un interesse in conflitto. Fenomeno della proprietà nascosta delle azioni

Con l'intervento sull'art. 2373 operato dal d.lgs. n. 27/2010 (art. 1) è stato operato anche il mutamento del termine "soci" con l'espressione "coloro", in parallelo con la eliminazione dei riferimenti ai "soci" o al "socio" negli artt. 2366-2369 sulla convocazione dell'assemblea e validità delle deliberazioni, nell'art. 2370 sul diritto di intervento all'assemblea ed esercizio del voto e nell'art. 2372 sulla rappresentanza nell'assemblea. Si sono così estese l'impugnabilità della deliberazione e il diritto al risarcimento danni (ex art. 2377, co. 4) alla deliberazione approvata con il voto determinante di "coloro" che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società qualora la deliberazione possa recarle danno, ancorché essi non siano "soci" della società.

La modifica ha quindi consentito, anche sul piano dell'interpretazione testuale, l'impugnabilità della deliberazione presa con il voto determinante al quale abbiano concorso titolari di strumenti finanziari partecipativi non soci, ma dotati del diritto di voto per specifici argomenti o dipendenti della società o di società controllate (art. 2351, ult. co.) o il voto del creditore pignoratizio o dell'usufruttuario (art. 2352).

La modifica è stata diretta però in via primaria a regolare la possibilità di voto tramite intermediari consentita dalla adozione della tecnica del *record date*, che ha avuto definitiva regolamentazione nel decreto legislativo n. 27/2010 con la sostituzione del titolo del TUF contenente la disciplina del sistema di gestione accentrata e quindi con la possibilità per gli investitori di essere presenti in assemblea e di esercitare il voto utilizzando al massimo grado il flusso delle negoziazioni alle quali ciascun investitore partecipa tramite la catena degli intermediari, anche se tale sistema ha consentito l'esplodere del fenomeno della proprietà nascosta delle azioni (*hidden ownership*) e dell'*empty voting* per il quale la strutturale dissociazione tra i soggetti nel libro soci e gli effettivi titolari delle partecipazioni fa sì che ad esprimere il voto possano essere soggetti privi di interesse economico ([16]).

In tal senso, il d.lgs. n. 27/2010, con il quale ha avuto applicazione la direttiva 2007/36/CE diretta ad agevolare l'esercizio di diritti degli azionisti, ha disposto, per le società le cui azioni sono ammesse alla negoziazione su un mercato regolamentato con possibilità di eccezione solo per organismi di investimento collettivo e società cooperative (art. 1, co. 1 e 3), che i diritti di partecipazione all'assemblea e di voto non possono essere soggetti ad alcun requisito di deposito prima dell'assemblea, escludendo ogni limitazione temporale al diritto di vendere o trasferire in altro modo le azioni (art. 7, co. 1, lett. a e b) e prevedendo che i diritti dell'azionista di partecipazione all'assemblea e di votare in funzione delle sue azioni siano determinati dalle azioni detenute a una determinata data precedente l'assemblea ("data di registrazione") e che la data di registrazione non possa precedere di oltre trenta giorni la data dell'assemblea e di non meno di otto giorni rispetto all'ultima data utile per la convocazione dell'assemblea (art. 7, co. 2 e 3). Il d.lgs. n. 27/2010 ha anche disposto che la comunicazione dell'intermediario alla società emittente di attestazione della legittimazione all'intervento e al voto venga effettuata sulla base delle evidenze relative al termine della giornata contabile del settimo giorno di mercato aperto precedente la data fissata per l'assemblea in prima o unica convocazione e che le registrazioni in accredito e in addebito compiute sui conti successivamente a tale termine non rilevano ai fini della legittimazione all'esercizio del voto nell'assemblea (art. 83-*sexies* TUF in art. 2 d.lgs. n. 27/2010).

Il fatto che, al fine della legittimazione all'intervento in assemblea e all'esercizio del voto, rilevano esclusivamente le registrazioni nel conto effettuate sulla base delle scadenze contabili dell'intermediario sino al termine del settimo giorno di mercato precedente la data dell'assemblea mentre ogni trasferimento successivo è irrilevante, comporta che, al fine della legittimazione, viene considerato *ex lege*

([16]) Ampiamente N. DE LUCA, *Titolarità vs. legittimazione: a proposito di record* date, empty voting *e "proprietà nascosta" di azioni*, in *RDS*, 2010, p. 312 ss.

azionista l'investitore che abbia trasferito a terzi le sue azioni nella settimana anteriore all'assemblea, mentre all'acquirente non viene riconosciuta la spettanza del diritto di voto e quindi la qualità di azionista. Resta peraltro ferma la distinzione tra legittimazione e titolarità dei diritti partecipativi all'intervento e al voto, confermata dal d.lgs. n. 27/2010, nel quale è inserita la disposizione già contenuta nell'art. 32 del d.lgs. 24 giugno 1998 n. 213 (decreto euro) per la quale con la registrazione nel conto da parte dell'intermediario il titolare del conto ha la legittimazione all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari registrati e colui che ha ottenuto la registrazione in suo favore in base a titolo idoneo e in buona fede non è soggetto a pretese o azioni da parte di precedenti titolari (art. 83-*quinquies* TUF in art. 2 d.lgs. n. 27/2010).

Il corollario di tale situazione giuridica è disposto dalla stessa direttiva (art. 7 co. 4) e attuato dal d.lgs. n. 27/2010 (art. 83-*duodecies* TUF in art. 2) per il quale per l'intervento in assemblea e l'esercizio del voto la società emittente può chiedere agli intermediari solo i dati identificativi dell'azionista sempreché esso non ne abbia espressamente vietato la comunicazione. Restano salvi gli obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti alla Consob e alla società emittente.

10. Divieto di comunicazione dei dati identificativi dell'azionista in conflitto di interessi. Riduzione della portata sanzionatoria della disciplina del conflitto di interessi assembleare a favore di una disciplina di prevenzione

Nel caso di divieto di comunicazione, quindi, l'azionista resta sconosciuto alla società e ai terzi pur essendo legittimato all'intervento e al voto nell'assemblea tramite intermediario. Il nuovo sistema è fondato così sulla rilevanza anonima degli investitori sia nelle negoziazioni attraverso la catena degli intermediari (salvi gli obblighi di comunicazione alla Consob e all'emittente di acquisto di partecipazioni rilevanti) sia nei confronti dell'organizzazione di impresa, alla quale può restare sconosciuto il socio anche quando egli incida con il voto approvando o respingendo una deliberazione assembleare. La disciplina del conflitto di interessi assembleare diviene quindi di problematica applicazione alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, per la presenza di possibile "proprietà nascosta" delle partecipazioni, salvo che l'azionista abbia consentito la comunicazione dell'intermediario alla società e quindi la sua identificazione.

La logica sanzionatoria dei conflitti di interesse con l'impugnabilità della deliberazione e con il risarcimento del danno ha ceduto così il passo, nelle società aperte, ad una diversa logica di prevenzione e di regolazione dei fenomeni di dissociazione tra potere di voto e interesse economico, attraverso gli obblighi di flussi informativi all'Istituto di vigilanza e al mercato e attraverso nuove discipline

come quella delle operazioni con parti correlate (art. 2391-*bis* c.c. introdotto con l'art. 12 d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310).

Pur continuando ad essere l'azionista l'unico soggetto partecipe alla formazione del capitale di rischio dell'iniziativa economica sono venute meno, se non attraverso il filtro delle comunicazioni alla Consob, la primaria rilevanza del singolo azionista e del suo potere di voto e quindi la rilevanza del tradizionale limite del conflitto di interessi diretto ad orientare un corretto esercizio dell'attività di impresa.

Nell'ipotesi invece in cui l'azionista non abbia vietato all'intermediario la sua identificazione, per accertare la presenza di un conflitto di interessi il riferimento normativo a seguito del d.lgs. n. 27/2010 non è più ai soci, ma a tutti coloro che abbiano un interesse in conflitto con quello della società e quindi anche a chi non sia più socio, malgrado la registrazione a suo favore per avere trasferito le azioni nella settimana anteriore all'assemblea, nonché parallelamente al rappresentante ex art. 2372 c.c., il cui potere rappresentativo non può essere limitato dallo Stato membro per fini diversi da quelli volti a risolvere potenziali conflitti di interesse tra il rappresentante e il legittimato all'intervento e al voto (art. 10 n. 3 direttiva 2007/36/CE e art. 135-*decies* TUF in art. 2 d.lgs. n. 27/2010).

11. Caratteri dell'interesse particolare e del conflitto

Nella disciplina del conflitto di interessi assembleare, ai fini dell'impugnabilità della deliberazione e del diritto al risarcimento del danno è rilevante pertanto l'esistenza di un interesse particolare del legittimato al voto a prescindere da chi sia l'effettivo titolare della partecipazione, con la più ampia connotazione soggettiva dell'interesse, al di là della situazione di interesse per conto di terzi, che comunque, nell'espressione contenuta nell'art. 2373, deve essere intesa nel senso più ampio come situazione propria dell'agire per conto e quindi di relazione tra il votante e il terzo che possa condurre alla deviazione del risultato dell'attività ([17]).

L'interesse particolare può anche non avere carattere patrimoniale e può identificarsi, dal punto di vista soggettivo, in un movente psicologico del soggetto, ma deve essere obiettivamente rilevabile – in tal senso deve avere carattere obiettivo – per accertare se esso sia idoneo a porsi in conflitto con l'interesse della società. Per incidere sulla deliberazione da prendere l'interesse deve anche essere preesistente ad essa, come interesse a conseguire un vantaggio particolare dalla deliberazione ([18]).

([17]) V. in A. GAMBINO, *op. ult. cit.*, pp. 388-391; da ultimo A.M.CIRENEI, *op. cit.*, pp. 780-781.

([18]) Per i caratteri dell'interesse particolare e del conflitto v. A. GAMBINO, *op. ult. cit.*, pp. 383 e 403 ss.; A.M. CIRENEI, *op. cit.*, p. 781.

Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, per quanto sopra rilevato, l'interesse particolare è riferibile all'azionista (con la negoziazione dello strumento finanziario), al socio (con posizione inserita nell'organizzazione sociale), al non ancora socio (per essere stato registrato l'acquisto nel conto dell'intermediario nei sette giorni antecedenti l'assemblea), al non più azionista ma legittimato al voto (per non essere stato registrato il trasferimento nel conto dell'intermediario).

La *ratio* della disciplina del conflitto di interessi assembleare è quindi riferita a un conflitto con l'interesse della società di chiunque, socio o terzo, interessato o meno alle vicende dell'organizzazione e dell'impresa societaria, abbia *ex lege* la legittimazione al voto in virtù del meccanismo del *record date* e dell'affidamento del voto all'intermediario.

Tali precisazioni circa i caratteri dell'interesse particolare consentono di determinare anche la portata del conflitto con l'interesse della società rilevante ex art. 2373. L'interesse particolare è giuridicamente rilevante se è tale, secondo un normale apprezzamento, da poter far deviare il processo di libera determinazione dell'interesse sociale nella deliberazione assembleare, in direzione del conseguimento di vantaggi particolari per conto proprio o di terzi. Il conflitto non consiste quindi in una incompatibilità assoluta tra l'interesse particolare e l'interesse della società, ma, con un'espressione sintetica, si configura come un'incompatibilità relativa, tale da poter condurre ad una deviazione apprezzabile nella libera determinazione del concreto interesse della società nella deliberazione ([19]).

12. Caratteri dell'interesse della società

Con riferimento al secondo termine del conflitto, costituito dall'interesse della società, l'interesse deve essere inteso in un'accezione concreta, come interesse della società a prendere una determinata deliberazione nei termini proposti ([20]).

Non appare invece né necessario né utile ripercorrere il dibattito sviluppatosi intorno alle tesi contrattualista o istituzionale dell'interesse sociale a seguito dell'espunzione dal codice civile delle norme di carattere corporativo che attribuivano rilevanza ad un interesse generale dell'economia in una concezione istituzionalista dell'impresa e dell'interesse sociale e con l'affermazione dei principi di libertà di iniziativa economica nella Costituzione del 1948, con parallela esclusione di un dovere dei soci di perseguire attraverso il voto l'interesse della società. Su

([19]) Cfr. D. PREITE, *op. cit.*, pp. 138-141.

([20]) V. da ultimo, con riferimento specifico all'art. 2373, C. ANGELICI, *La società per azioni e gli "altri"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders *in ricordo di Pier Giusto Jaeger (Quaderni Giur. comm.*, n. 342), Milano, 2010, p. 57.

tale dibattito infatti sono state scritte anche recentemente parole conclusive ([21]).

Se si tengono presenti le caratteristiche generali delle società (art. 2247) è interesse della società l'esercizio dell'attività economico-produttiva determinata nello statuto secondo le modalità fissate dalla disciplina societaria, al fine, salvo che per le società prive di scopo lucrativo, del conseguimento di un utile e della sua ripartizione tra i soci secondo la disciplina propria dei tipi societari.

Con specifico riguardo alla società per azioni, l'interesse della società, come sintesi concettuale parametrata sulla tutela normativa, partecipa della fonte negoziale della società modulandosi però non su una disciplina caratterizzata da esecuzione contrattuale, ma su un sistema normativo di inderogabili competenze organizzative in dipendenza della limitazione di responsabilità e con pluralità di categorie di azionisti.

Con riferimento alle società che ricorrono al mercato di rischio, l'interesse della società, oltre, come in tutte le società per azioni, ad esprimersi nell'esercizio dell'attività economico-produttiva statutaria ed avere quindi quale componente, a tutela dei terzi, l'interesse alla continuità e all'efficienza della gestione societaria, e ad esprimersi nell'interesse comune dei soci al reddito, parametrato sulla tutela delle categorie di azionisti, si compone, nelle società quotate, con l'interesse alla massimizzazione del valore delle azioni nel mercato finanziario, apprezzato da questo anche nel medio e nel lungo termine ([22]).

Sulla componente dell'interesse sociale al valore delle azioni nel mercato finanziario incidono anche le norme poste a tutela degli investitori dalla riforma del 2003 e dal decreto legislativo n. 27/2010 che ha eliminato ostacoli all'esercizio dei diritti degli azionisti sia con il divieto di blocco delle azioni sia con la disciplina della legittimazione al voto nell'assemblea in dipendenza della data di registrazione nel conto, che garantisce la fluidità delle negoziazioni tramite la catena degli intermediari.

Se si passano a considerare ambedue i termini del conflitto di interessi assembleare appare chiaro che sia il primo termine del conflitto (l'interesse particolare) è mutato per l'ambito soggettivo di applicazione, sia il secondo termine (l'interesse della società) è stato ridefinito in una sua componente per le società quotate, sia la complessiva disciplina del conflitto di interessi è stata rimodulata con riferimento alla legittimazione e alla portata dei rimedi reali e risarcitori nell'interesse delle minoranze.

([21]) P.G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.* 2000,1, pp. 798 ss.; A. M. CIRENEI, *op. cit.*, 783 ss.

([22]) V. A. GUACCERO, *op. al.*, pp. 138 ss.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
nella LegoDigit s.r.l. – Via Galileo Galilei, 15/1
38015 Lavis (TN)