



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

XXXI CICLO

Gabriele Patti

INTERESSI PERSONALI E RAPPORTI CON I TERZI

TESI DI DOTTORATO

Tutor: Chiar.mo Prof. Ruggero Vigo

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Anna Maria Maugeri

Anno Accademico 2017-2018

INTERESSI PERSONALI E RAPPORTI CON I TERZI

Introduzione.....p. 2.

Capitolo I: La disciplina degli interessi dei soci e degli amministratori di società per azioni.

- 1 – Il conflitto di interessi dei soci.....p. 6.
- 2 – Gli interessi degli amministratori.....p. 22.
- 3 – Interesse per conto proprio.....p. 33.

Capitolo II: L'interesse "*per conto di terzi*".

- 1 – La disciplina del codice di commercio del 1882. La introduzione della nuova norma.....p. 40.
- 2 – Interpretazione della formula "*interesse per conto di terzi*". La tesi di Minervini.....p. 43.
- 3 – Il conflitto "*per conto di terzi*" come "*conflitto indiretto*"p. 46.
- 4 - Il richiamo al concetto di agire per conto altrui: la tesi di Gambino.....p. 50.
- 5 - Ultimi sviluppi. La tesi della sensibilità e quella dell'influenza.p. 58.
- 6 – L'individuazione dei terzi mediante la nozione di parti correlate.....p. 67.
- 7 – Verso una nuova ricostruzione degli interessi per conto di terzi. Chiarimenti preliminari sulla posizione del socio.....p. 73.
- 8 – Segue. Chiarimenti preliminari sulla posizione dell'amministratore.....p. 81.
- 9 – Segue. Fattispecie di conflitto di interessi a confronto.....p. 91.
- 10 – Definizione di interessi per conto di terzi.....p. 97.

Capitolo III: Itinerari giurisprudenziali sugli interessi per conto di terzi e rimedi contro le interferenze di interessi.

- 1 – Riepilogo delle conclusioni precedenti e prospetto dell'indaginep. 105.
- 2 – I rapporti di parentela.....p. 110.
- 3 – I rapporti di controllo e di gruppo.....p. 130.

Bibliografia.....p. 160.

INTRODUZIONE

In tempi recenti si legge sempre più spesso che il conflitto di interessi del diritto societario rappresenta una “*disciplina senza fattispecie*”¹.

La frase ha certamente carattere iperbolico, ma nello stesso tempo possiede un indubbio nucleo di verità. Sebbene non siano mancati aspetti critici da approfondire, infatti, l’armamentario di strumenti predisposti dall’ordinamento per affrontare il conflitto di interessi ha mostrato nei vari decenni una certa stabilità, essendosi fin dagli inizi del Novecento assestato su rimedi di carattere reale-annullatorio, volti in particolare a rimuovere giuridicamente gli effetti prodotti dalle decisioni affette dal vizio del conflitto.

Il terreno sul quale si sono giocate le controversie inquadrabili nella disciplina in discorso è stato, invece, quello della fattispecie rilevante: in altri termini, come dimostra tutta la storia della giurisprudenza in materia, ciò che è sempre stato controverso è se sussista, nel caso di specie, una situazione integrante gli estremi del conflitto di interessi².

Il livello di difficoltà del problema si accentua nel momento in cui la fattispecie da ricostruire viene inserita in un contesto normativo come il diritto societario, dove, all’evidenza, solo con estrema cautela e con un senso del tutto peculiare è possibile proporre visioni funzionalistiche dei poteri, che meglio si attagliano alla sfera del diritto pubblico.

La necessità di costruire norme che si distanziassero dal prototipo di conflitto di interessi di stampo pubblicistico si è tradotta, nel nostro

¹ In questi termini, si sono espressi, da ultimo, D’ALESSANDRO, *Il conflitto d’interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 3; MONTALENTI, *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza*, a cura di Granelli-Stella, Milano, 2007, p. 197.

² v. ancora D’ALESSANDRO, *Il conflitto d’interessi nei rapporti tra socio e società*, cit., p. 3, al quale l’enigma del conflitto di interessi ricorda le difficoltà avvertite da Trollope nel definire che cosa sia un gentiluomo o, ancora, le difficoltà incontrate da Agostino nel definire il concetto di tempo.

ordinamento, in una soluzione linguistica estremamente criptica che costituisce un *unicum* nel panorama internazionale.

Ammantata da un velo di mistero si presenta soprattutto la formula con la quale il legislatore del 1942 ha tentato di dare rilevanza alle situazioni nelle quali il conflitto di interessi non investe immediatamente il soggetto titolare del potere, ma si realizza attraverso la mediazione o il coinvolgimento di una terza persona.

Per rispondere a tale esigenza, il codice civile ha infatti impiegato l'espressione "*interesse personale per conto di terzi*", che, oltre a non essere stata mai utilizzata in testi normativi precedenti al 1942, non trova riscontri nella legislazione o nella produzione giurisprudenziale straniera.

I lavori preparatori alla codificazione civile non forniscono elementi chiari per comprendere la portata di questa scelta lessicale, della quale, invero, neppure la dottrina è riuscita fino in fondo a illustrare il contenuto³, come dimostra il ridottissimo numero di contributi al riguardo.

Davanti ad un siffatto scenario, la giurisprudenza ha, per parte sua, reagito svalutando l'importanza della questione e, in particolare, omettendo il più delle volte di distinguere concettualmente la fattispecie di interesse "*per conto proprio*" da quella di interesse "*per conto di terzi*".

La sottoposizione di ambedue le ipotesi su richiamate alla medesima regolamentazione è senz'altro un fattore che induce a non drammatizzare il problema in esame. Al contempo, peraltro, una seria ricostruzione del significato da attribuire all'interesse "*per conto di terzi*" si impone poiché esso rappresenta la soglia ultima di rilevanza della fattispecie del conflitto di interessi. Anzi, come si vedrà più avanti, a causa anche della crescente

³ Altre volte si è invece segnalata la incongruità della terminologia impiegata: v., su tutti, la autorevole opinione di CASSESE, *Conflitto di interessi: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 239, per il quale il sintagma "*interesse per conto proprio o di terzi*" è "*espressione forse ridondante, e certamente impropria*".

complicazione dei rapporti giuridici, è lecito ritenere che in futuro i casi di conflitto “*per conto di terzi*” aumentino fino a sostituire quasi del tutto le ipotesi classiche di contratto tra società, da un lato, e socio o amministratore, dall’altro.

Partendo da queste premesse, il presente lavoro si propone di esaminare, in primo luogo, il quadro normativo nel quale si colloca la fattispecie oggetto di studio. Sotto questo profilo, verrà analizzata dunque la disciplina del conflitto di interessi del socio di società per azioni, contenuta nell’art. 2373 c.c., e la disciplina degli interessi degli amministratori di società per azioni, contenuta nell’art. 2391 c.c.

In secondo luogo, si tenterà di sottoporre a revisione critica il ventaglio di teorie proposte dalla dottrina in relazione alla figura dell’interesse “*per conto di terzi*”, per avanzare, da ultimo, una personale ricostruzione, fondata su argomenti di carattere letterale, storico e sistematico, ma non disgiunta dall’obiettivo di assicurare la ragionevolezza delle soluzioni applicative.

Infine, ci si propone di verificare la tenuta dei risultati raggiunti attraverso una disamina delle pronunce esistenti in materia, nella quale si valuterà criticamente anche l’opportunità di un approccio casistico al tema. Da questo punto di vista, invero, si ha l’impressione che la dottrina e la giurisprudenza abbiano dato eccessivamente per scontata la ricorrenza dell’interesse “*per conto di terzi*” in presenza di certe situazioni standardizzate, in tal modo appiattendolo la formula normativa e sterilizzandone l’elasticità che, al contrario, potrebbe rendere apprezzabile la scelta del legislatore italiano, anche a confronto con le opzioni compiute dagli ordinamenti stranieri. Segnatamente, il discorso verrà sviluppato con riferimento ai rapporti di parentela e ai rapporti intercorrenti tra società appartenenti al medesimo gruppo, che per molto tempo hanno

rappresentato per la cultura giuridica gli unici esempi di interesse “*per conto di terzi*”.

CAPITOLO I: LA DISCIPLINA DEGLI INTERESSI DEI SOCI E DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

1 - Il conflitto di interessi dei soci.

Nella disciplina codicistica delle società per azioni, il problema del conflitto di interessi è affrontato espressamente in due disposizioni: l'art. 2373 e l'art. 2391.

Il primo di questi si occupa del conflitto di interessi del socio in assemblea e la sua introduzione, con il codice del 1942, segnò una importante innovazione rispetto al passato.

Fino a quel momento, infatti, la legge non aveva delineato una compiuta disciplina del problema, come attestava la mancanza di una norma generale nel codice di commercio del 1882 che, all'art. 150, aveva dettato una apposita regolamentazione per il solo conflitto di interessi degli amministratori. L'unica disposizione che sembrava avere dei punti di contatto con il conflitto di interessi del socio era contenuta nell'art. 161 del predetto codice, in virtù del quale gli azionisti amministratori della società non potevano esprimere il loro voto nell'approvazione del bilancio e nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità, ma di essa era controverso il fondamento e se ne predicava una stretta applicazione, trattandosi per riconoscimento unanime di norma di diritto singolare⁴.

Secondo questa linea di pensiero, dunque, l'azionista si vedeva riconosciuto il diritto di voto in relazione agli affari che lo riguardavano o che avrebbe dovuto stipulare direttamente con la società e, nella stessa

⁴ FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, p. 314; BIGIAMI, *Elezione di nuovi amministratori con il voto degli amministratori revocati in seguito ad azione sociale di responsabilità (Conflitto d'interessi? Eccesso di potere?)*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, p. 492.

ottica, nessuno dubitava che egli potesse anche votare per se stesso nelle delibere concernenti la nomina alle cariche sociali di amministratore o di sindaco. La conclusione appariva inoltre ragionevole alla dottrina del tempo⁵, essendo allora convincimento diffuso che un divieto di voto per il socio non fosse sufficiente per contrastare efficacemente i conflitti di interesse, agevolmente dissimulabili attraverso cessioni fraudolente delle azioni. Da un altro punto di vista, si aggiungeva che l'influenza del socio interessato si sarebbe potuta rivelare in concreto insignificante grazie all'elevato numero dei soci votanti, e che, infine, il problema potesse trovare la più opportuna soluzione nella "*coscienza del socio interessato*", al quale veniva rimesso il contemperamento dell'interesse proprio con quello sociale.

Pur essendo questo, inizialmente, l'orientamento dominante, non erano mancate peraltro voci favorevoli⁶ alla ricostruzione, in via interpretativa, di un divieto di agire in conflitto di interessi a carico del socio.

Più in dettaglio, occorre ricordare che, prima che il legislatore del 1942 introducesse, agli artt. 1394 e 1395 c.c., una specifica disciplina del conflitto di interessi nella rappresentanza, ci si interrogava circa la possibilità di riconoscere un principio generale di divieto di agire in conflitto di interessi, e, sull'argomento, si era sostenuta da parte di taluni la tesi positiva⁷, a partire da alcune disposizioni dedicate al contratto con se stesso. Si trattava, in particolare, dell'art. 1457 del codice civile del 1865,

⁵ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*, II, Milano, 1906, p. 295; nel medesimo senso, NAVARRINI, *Delle Società e delle Associazioni commerciali*, in *Commentario al codice di commercio*, Milano, 1924, p. 541.

⁶ Su tutti, ASQUINI, *Conflitto di interessi tra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee delle società per azioni*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1936, p. 163 e ss., nel quale l'A., citando la sentenza del 20 gennaio del 1919 del Tribunale di Milano, attesta anche la prevalente posizione giurisprudenziale, nel senso della irrilevanza del conflitto di interessi del socio in assemblea.

⁷ ASQUINI, op. loc. ult. cit.; PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 35 e ss.

che prevedeva la invalidità del contratto con se stesso stipulato dal rappresentante del venditore di beni, e dell'art. 386 del codice di commercio del 1882, che sanciva la validità, invece, del contratto con se stesso nell'ipotesi di acquisto di merci o di titoli aventi prezzo di borsa o di mercato da parte del commissionario del venditore.

In base a queste disposizioni, la medesima dottrina aveva ritenuto possibile prospettare la regola generale della invalidità del contratto stipulato con se stesso, salvi i casi in cui vi fosse stata una rigida predeterminazione del contenuto del contratto, nei quali il rappresentante non avrebbe avuto alcuna possibilità di perseguire il proprio interesse in contrasto con quello del rappresentato.

Il legame tra il conflitto di interessi e il c.d. autocontratto era stato richiamato anche in sede di ricostruzione dell'art. 150 del codice di commercio del 1882, come si vedrà più avanti, e, infine, prospettato come fondamento di un divieto di agire in conflitto di interessi anche a carico del socio, pur in assenza di una apposita disposizione⁸.

L'art. 2373 del codice del 1942, recependo per buona parte gli approdi della autorevole dottrina da ultimo richiamata, rappresentò pertanto la prima presa di posizione espressa del legislatore sul conflitto di interessi del socio, e della originalità della disposizione emergeva consapevolezza nella Relazione del Guardasigilli del 16 marzo 1942: più precisamente, al punto n. 971, si segnalava il particolare rigore della scelta di sanzionare con la annullabilità la delibera assembleare approvata con il voto determinante

⁸ ASQUINI, *Conflitto di interessi tra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee delle società per azioni*, cit., p. 174 e ss., dove si profila espressamente una applicazione analogica dell'art. 150 del codice di commercio al socio e si propone la sanzione della annullabilità della delibera viziata da conflitto di interessi (p. 172 e 181). Successivamente, mutando la opinione precedentemente espressa, elabora una disciplina del conflitto di interessi del socio anche VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*, II, Milano, 1935, p. 230, per il quale tuttavia il voto dato dal socio "negli affari che lo riguardano e che deve stipulare colla società rende nulla la deliberazione se il suo voto ha determinato la formazione della maggioranza e quindi la formazione della volontà sociale, perché egli non può determinare con un atto della propria volontà la volontà del proprio contraente".

del socio in conflitto di interessi e idonea a cagionare un danno alla società, e si giustificava tale opzione normativa con la necessità di colpire “*quei flagranti attentati all’integrità del patrimonio sociale che possono compiersi in nome di interessi manifestamente in conflitto con quelli della società*”⁹.

La norma in questione ha subito nel corso del tempo alcune modifiche, a seguito delle quali essa testualmente recita che “*la deliberazione approvata con il voto determinante di coloro*¹⁰ *che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell’art. 2377 qualora possa recarle un danno*”; al secondo comma è poi disposto che “*gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità. I componenti del consiglio di gestione non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la nomina, la revoca o la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza*”.

⁹ MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Roma, 1943, p. 218.

¹⁰ L’espressione “*coloro*” ha preso il posto di quella di “*soci*”, dopo l’intervento del Decr. Lgs. 27 del 2010. La modifica ha in primo luogo inteso chiarire l’applicabilità dell’art. 2373 c.c. anche ai casi di delibere approvate con il voto determinante di soggetti muniti di diritto di voto in assemblea pur non essendo soci, come accade ad esempio con i titolari di strumenti finanziari partecipativi - non soci ma dotati di voto per specifici argomenti - o con i dipendenti della società o delle controllate (art. 2351, ultimo comma, c.c.) o con i creditori pignorati o con gli usufruttuari (art. 2352 c.c.). In secondo luogo, la innovazione ha avuto lo scopo di adeguare la disciplina del conflitto di interessi del socio al meccanismo del *record date*, introdotto dallo stesso Decr. Lgs. 27 del 2010 per le società quotate nei mercati regolamentati, per quelle con azioni ammesse ad un sistema multilaterale di negoziazione e facoltativamente per quelle che aderiscono su base volontaria ad un sistema di gestione accentrata. Più precisamente, il *record date* ha trovato cittadinanza nel riformato art. 83-*sexies* del Decr. Lgs. 58 del 1998, per il quale la legittimazione all’esercizio dei diritti di partecipazione in assemblea si determina in base alla situazione esistente, presso i conti tenuti dall’intermediario, al termine della giornata contabile del settimo giorno di mercato aperto precedente la data fissata per l’assemblea, mentre sono irrilevanti, ai fini del voto, le registrazioni in accredito e in addebito compiute sui conti successivamente a tale termine. In conseguenza di questa disciplina, è dunque possibile che vi sia una dissociazione tra il soggetto che riveste la qualità di socio e il soggetto legittimato al voto ma non più socio, al quale ultimo si è reputato opportuno estendere l’applicazione dell’art. 2373 c.c., nel caso in cui egli sia portatore di un interesse in conflitto con quello della società. Sui rapporti tra il conflitto di interessi del socio e il *record date*, v. GAMBINO, *Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 391 e ss.; MELI, *Art. 2373 c.c. Conflitto di interessi*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale*, Tomo I, Milano, 2016, p. 1001.

Rispetto alla originaria versione del 1942¹¹, l'art. 2373 c.c. nel 2003 ha visto eliminato l'inciso per il quale il diritto di voto non poteva essere esercitato dal socio per le delibere in relazione alle quali egli si fosse trovato in situazione di conflitto di interessi.

Il divieto di voto veniva peraltro già smentito, sotto la vigenza del vecchio testo, dalla maggior parte della dottrina¹², che ne rilevava la inconciliabilità con la mancata previsione di sanzioni per l'ipotesi di violazione¹³ e con la scelta di subordinare l'invalidazione della delibera ai requisiti del carattere marginale del voto viziato da conflitto e della potenziale dannosità della decisione¹⁴.

¹¹ Il vecchio testo dell'art. 2373 c.c., sostituito dal Decr. Lgs. 6 del 2003, disponeva che *“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.*

In caso di inosservanza della disposizione del comma precedente, la deliberazione, qualora possa recare danno alla società, è impugnabile a norma dell'art. 2377 se, senza il voto dei soci che avrebbero dovuto astenersi dalla votazione, non si sarebbe raggiunta la necessaria maggioranza.

Gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità.

Le azioni per le quali, a norma di questo articolo, non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione dell'assemblea”.

¹² MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1956, p. 434; JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 214 e ss.; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 179 e ss.

¹³ v. peraltro MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 322 e ss., per il quale l'assenza di una sanzione non rendeva inutile la precedente norma, la quale, diversamente, avrebbe avuto il compito di riconoscere al presidente dell'assemblea il potere di escludere dalla votazione il socio interessato; in tal senso Cass. 18 aprile 1961, n. 853, in *Foro it.*, 1961, I, p. 572; per una critica a tale interpretazione anche prima della riforma v. ancora GAMBINO, *op. loc. ult. cit.*, ove si evidenzia che l'esistenza di un potere siffatto del presidente avrebbe avuto l'effetto di rimettere alla minoranza la valutazione dell'interesse sociale per la delibera oggetto di discussione e che, inoltre, a seguire quella tesi, il legislatore avrebbe dovuto ricollegare l'annullabilità della delibera alla sola approvazione con il voto determinante del socio in conflitto, a prescindere cioè dal requisito del danno potenziale, richiesto invece dall'art. 2373 c.c. Per la tesi della insussistenza di un obbligo di astensione del socio già prima della riforma del 2003, in giurisprudenza, Cass. 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Società*, 2001, p. 675; Cass. 21 marzo 2000, n. 3312, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2329.

¹⁴ Riferendosi in particolare al danno potenziale, il MENGONI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, *cit.*, p. 449, ove si segnala che *“un siffatto requisito è in contraddizione insanabile col principio del divieto di voto. Combinando i due primi commi dell'articolo ne esce questa assurdità: il socio, che versa in posizione di conflitto potenziale di interessi con la società, non ha diritto di votare se la deliberazione risulterà lesiva dell'interesse sociale: che è quanto dire che la questione della legittimazione al voto dovrebbe essere decisa in base al contenuto della dichiarazione di voto!”.*

Il senso del primo comma antecedente, dunque, risiedeva nel concorrere, insieme al secondo comma, ad individuare le condizioni di annullabilità della delibera, appuntandosi, nella specie, il primo sul procedimento deliberativo, il secondo sull'atto finale¹⁵.

Con l'intervento normativo del 2003, risulta definitivamente accolta la tesi della insussistenza del divieto di voto¹⁶, che, come evidenziato nella Relazione allo schema di delega al Governo per la riforma del diritto societario, avrebbe comportato l'inaccettabile rischio di rimettere le decisioni assembleari alla minoranza dei soci.

Venendo al cuore della disciplina, l'art. 2373 prospetta un rimedio di tipo impugnatorio, sanzionando con l'annullabilità la delibera approvata con il voto decisivo del socio che si trovi ad avere, rispetto ad essa, un interesse in conflitto con quello sociale.

In un primo momento, l'elemento del conflitto è stato ricostruito in maniera decisamente restrittiva dalla cultura giuridica, che ha ritenuto integrato il predetto requisito solo o essenzialmente qualora il socio si fosse trovato nella posizione di controparte della società.

In termini più generali, secondo tale orientamento, il legislatore avrebbe preso di mira con la norma solo i casi di c.d. incompatibilità assoluta tra interessi¹⁷, nell'ambito dei quali la realizzazione dell'interesse del socio determina inevitabilmente il sacrificio dell'interesse sociale.

¹⁵ GAMBINO, op. loc. ult. cit.

¹⁶ MONTAGNANI, *Commento sub art. 2373*, in *Società di capitali, Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, I, p. 511; CARATTOZZOLO, *Commento sub art. 2373*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, p. 348.

¹⁷ MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 448 e ss., in cui si richiede una "situazione oggettiva tale da rivelare in maniera tipica la possibilità di un conflitto", in relazione "alla posizione di controparte che, secondo l'oggetto della deliberazione in questione, il socio è destinato ad assumere nei confronti della società"; più sfumata la posizione di JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, cit., p. 209 e ss., ove l'ipotesi del contratto tra socio e società viene considerata "l'esempio più caratteristico di incompatibilità assoluta tra due interessi", pur essendo riconosciuto che "accanto all'ipotesi indicata, però, se ne possono configurare altre, nelle quali due interessi di differenti soggetti si trovano nella stessa relazione di

Tale affermazione risentiva visibilmente degli iniziali studi condotti dalla dottrina sul conflitto di interessi, nei quali la tematica era stata espressamente ricollegata alla questione dell'ammissibilità del contratto concluso con se stesso. Alla luce di questa matrice, pertanto, si giustificava - anche dopo l'introduzione di una norma dedicata al socio - la posizione, dapprima maggioritaria, tendente ad ammettere la rilevanza del solo conflitto insanabile tra gli interessi in gioco.

Gli esiti dell'orientamento appena citato non erano peraltro incontestati neppure sotto la vigenza del codice di commercio del 1882, almeno con riguardo agli amministratori, in quanto, come è stato messo in luce dalla dottrina¹⁸, non era possibile già allora unificare integralmente i sistemi disciplinari del contratto con se stesso e del conflitto di interessi del diritto societario. La disomogeneità tra gli stessi si è poi ulteriormente accentuata con la introduzione, dovuta al codice del 1942, del riferimento al danno potenziale, sia nell'art. 2373 sia nell'art. 2391.

Con il passare del tempo si è dunque affermata in dottrina la rilevanza anche della incompatibilità relativa¹⁹, che si riscontra ove è *possibile* che il perseguimento dell'interesse particolare del socio si realizzi con pregiudizio per la società, anche se non necessariamente tale sacrificio si

incompatibilità". Nel medesimo senso sono orientati BIGIAVI, *Elezione di nuovi amministratori con il voto degli amministratori revocati in seguito ad azione sociale di responsabilità (Conflitto d'interessi? Eccesso di potere?)*, cit., p. 495 e TRIMARCHI P., *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 178.

¹⁸ GAMBINO, op. loc. ult. cit. Per il vero, lo stesso ASQUINI, *Conflitto di interessi tra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee delle società per azioni*, cit., p. 168 e ss., che pure aveva sviluppato la sua ricostruzione a partire dall'idea di contratto con se stesso, aveva segnalato che non sempre il conflitto di interessi nelle società per azioni assume i connotati del contratto con se stesso.

¹⁹ v. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 320 e ss.; GAMBINO, op. loc. ult. cit.; PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in *Riv. Società*, 1988, p. 439 e ss.; CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, Torino, 2015, p. 43. In giurisprudenza, per la sufficienza della incompatibilità relativa, v. i due famosi casi affrontati da Cass. 13 febbraio 1978, n. 660, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 665, con nota di GRIPPO; Cass. 6 giugno 1985, n. 3360, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2231.

verificherà, potendo l'interesse particolare trovare soddisfazione insieme all'interesse sociale²⁰.

Sia pur incidentalmente, si noti che è lecito avanzare dei dubbi sulla opportunità di una tale distinzione tra incompatibilità assoluta e incompatibilità relativa.

Se, infatti, con la prima ci riferissimo ad una situazione in cui solo uno dei due interessi in conflitto può essere soddisfatto, con radicale esclusione dell'altro, difficilmente la normativa sul conflitto di interessi potrebbe trovare applicazione, non essendo facile ravvisare nella pratica delibere idonee a perseguire esclusivamente l'interesse particolare del socio e inidonee a realizzare, anche in minima parte, il bene della società. Anche gli esempi più classici di incompatibilità assoluta, rappresentati dai contratti di alienazione tra socio e società, si rivelerebbero incongrui, potendosi sempre configurare un interesse della società – sia pur minimo - all'acquisto di un bene, a prescindere dalle condizioni economiche dell'operazione.

Se, d'altro canto, con l'espressione incompatibilità assoluta si intendesse alludere al fatto che ogni aumento del livello di soddisfacimento di uno dei due interessi in contrapposizione si risolve in un abbassamento del livello di soddisfacimento dell'altro²¹, tale carattere non difetterebbe in quelle ipotesi definite di incompatibilità relativa, giacché è scontato che

²⁰ PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3**, Torino, 1993, p. 138 e ss., per il quale si ha incompatibilità relativa se l'interesse personale del socio può essere soddisfatto “anche nell'ipotesi in cui la società non realizzi i propri interessi sociali”, diversamente dalla incompatibilità assoluta, che ricorre ove “l'interesse personale possa essere soddisfatto solo se la società non realizzi i propri interessi sociali e mai insieme alla loro realizzazione”.

²¹ Questa pare la posizione di JAEGER P.G., op. loc. ult. cit., per il quale “nella conclusione di qualsiasi contratto bilaterale ogni aumento di vantaggio di una delle parti si risolve automaticamente e proporzionalmente nel sacrificio dell'altra, e conseguentemente la composizione del conflitto rappresenta, per ciascuna di esse, l'accettazione di un danno corrispondente all'utilità della controparte, in cambio di un analogo sacrificio compiuto da quest'ultima”.

ogni incremento delle risorse destinate al vantaggio di un singolo si traduca quantomeno in un più ridotto guadagno per la società.

Tali ragioni sembrerebbero pertanto suggerire un abbandono della dicotomia tradizionale, in favore di una prospettiva più lineare e rispettosa della *ratio* della disciplina, per la quale l'art. 2373 c.c. è destinato ad intervenire ogni volta che la presenza di un interesse personale del votante rischi di compromettere il miglior soddisfacimento dell'interesse sociale.

Quanto a quest'ultimo, esso costituisce uno dei due termini della relazione di conflitto delineata dalla norma ed è sempre stato oggetto di vivaci dibattiti fino a tempi anche recenti. Lungi dal voler ripercorrere gli antichi scontri tra contrattualismo e istituzionalismo, è sufficiente in questa sede evidenziare che, per la prima teorica, in via generalissima l'interesse sociale deve essere ricostruito a partire dalla matrice contrattualistica della società e deve pertanto essere definito come l'interesse comune dei soci considerati in quanto tali; per la seconda visione, invece, l'interesse sociale costituisce una categoria idonea a dar voce anche ad esigenze ulteriori, quali il buon funzionamento dell'impresa, le istanze dei dipendenti, dei creditori, della società nel suo complesso²².

Dopo l'introduzione del codice del 1942, la nostra cultura giuridica ha aderito in prevalenza alla concezione contrattualistica dell'interesse sociale, che, attraverso l'aggancio all'art. 2247 c.c., viene solitamente rapportato allo scopo di lucro comune da realizzare mediante un'attività svolta dai

²² Per un quadro esauriente v. JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, cit., p. 13 e ss.

soci²³ o, più recentemente, alla massimizzazione del valore delle azioni (c.d. teoria dello *shareholder value*)²⁴.

Con il nuovo millennio, peraltro, il tema sembra aver trovato nuova linfa, attraverso, da un lato, strenui tentativi di riaffermazione della “*contrattualità*” del fenomeno societario²⁵ e, dall’altro, nuove ricostruzioni tendenti invece a collocare al centro dell’analisi l’interesse dell’impresa, non più proposto nella versione originaria della *Unternehmen an sich*²⁶, bensì nella nuova veste di “*interesse aziendale*” o di interesse alla redditività e alla efficienza dell’impresa²⁷.

²³ JAEGER P.G., *L’interesse sociale*, cit., p. 130 e ss., in cui l’adesione alla teoria contrattualistica viene motivata in base a indici forniti dalle disposizioni codicistiche che all’interesse sociale si riferiscono, senza che a conclusioni diverse possa condurre la rilevanza pur riconosciuta da certe norme - quali l’art. 2409 o l’art. 2441, ult. comma - a interessi extrasociali; GAMBINO, op. loc. ult. cit.

²⁴ V. JAEGER P.G., *L’interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 795, che sottolinea come la teoria dello *shareholder value* si correli ancora ad un interesse dei soci attuali, destinato però a soddisfarsi pienamente solo con la perdita della qualità di socio, e, a differenza di quanto ritenuto in passato, tipizzato una volta per tutte, identificandosi esso con l’interesse specifico all’aumento di valore delle azioni; cfr. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p. 159 e ss. La prospettiva contrattualistica ha trovato conferma, dopo la riforma del 2003, in COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006, p. 282 e ss. Per una definizione dell’interesse sociale come “*interesse comune dei soci legalmente tipizzato*”, anche se in un quadro improntato alla messa in discussione della concezione contrattualistica, v. anche LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *Art. 2373*, in *L’assemblea di società per azioni*, Milano, 2016, p. 279 e ss. In giurisprudenza aderiscono alle definizioni del testo Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387; Cass. 17 luglio 2007, n. 15950, in *Società*, 2007, p. 1459.

²⁵ Ci si riferisce segnatamente a DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: “contratto, impresa e società, nel pensiero di Carlo Angelici”*, in *Giur. comm.*, 2013, III, p. 480 e ss., che vede nella “*impostazione contrattualista [...] quella che meglio riflette la realtà di una società per azioni al servizio dello sviluppo di una società capitalistica*” (v. p. 500). A sostegno di tale rinnovata difesa del contrattualismo, l’A. propone una spiegazione in chiave contrattuale di alcuni aspetti significativi della recente evoluzione del diritto societario. Si allude, in particolare, al crescente sindacato sulle modalità di esercizio dei diritti e dei poteri nella società, che può trovare un fondamento positivo nell’obbligo di buona fede oggettiva, intesa come “*coerenza rispetto allo spirito del contratto*” e in grado, se violata, di legittimare anche rimedi di tipo reale. In secondo luogo, si sottolinea come la centralità del momento attuativo del programma contrattuale, lungi dall’essere un carattere esclusivo dell’ente societario, rappresenti ormai una costante nei contratti di diritto privato, a fronte del progressivo abbandono degli schemi negoziali di scambio istantaneo. Alla luce di tali premesse, Denozza qualifica la società come istituzione, definendo però quest’ultima in maniera radicalmente differente dal passato, come “*insieme di regole*” che “*devono essere concepite in modo da contemperare gli interessi di tutti i soggetti coinvolti e che quindi dovrebbero avere possibilmente gli stessi contenuti che questi stessi soggetti avrebbero dato loro, se avessero potuto formularle una per una, dopo averle tutti insieme contrattate*” (v. p. 500).

²⁶ Già JAEGER P.G., *L’interesse sociale*, cit., p. 41, aveva evidenziato come la concezione originaria dell’istituzionalismo di Walter Rathenau potesse essere strumentalizzata da diverse correnti ideologiche, anche diametralmente opposte tra loro. Per la compiuta esposizione di questa v. RATHENAU, *La realtà delle società per azioni (trad. it.)*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 918 e ss.

²⁷ Si era espresso in questi termini già FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori: profili di sistema*, in *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza*,

Le continue oscillazioni in proposito, favorite dalla evoluzione legislativa che ha caratterizzato il diritto societario, hanno indotto una parte della dottrina a svalutare le categorie del passato²⁸ e ad elaborare una diversa definizione di interesse sociale, più adatta alla nuova cornice normativa di riferimento.

Sembra in particolare rispondere adeguatamente a tali esigenze la tesi del Montalenti, per il quale l'interesse sociale deve definirsi “*come interesse contrattuale dei soci alla valorizzazione della partecipazione sotto il profilo sia reddituale sia patrimoniale in una prospettiva di lungo termine circoscritta da (i) limiti interni di ordine tipologico, (ii) limiti esterni di ordine legislativo, contrattuale e sociale, (iii) limiti di ordine negoziale e quindi coordinato dagli amministratori [...] con interessi-altri, convenzionalmente definiti come interessi degli stakeholders*”²⁹. Il passo successivo percorso dall'Autore conduce a vedere nell'interesse sociale, ormai pensato come interesse dell'impresa, un parametro che impone agli organi gestori coerenza rispetto ai piani strategici, finanziari, industriali e commerciali della società³⁰.

a cura di Granelli-Stella, Milano, 2007, p. 179 e ss., ove l'attenzione veniva concentrata sui profili della “continuità”, della “solvenza” e della “redditività”, anche attraverso il richiamo all'art. 2497 c.c. Proprio a Ferro-Luzzi si rifà LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello “istituzionalismo debole”, in Giur. comm.*, 2014, IV, p. 669 e ss., allorché prospetta una concezione istituzionalistica debole dell'interesse sociale, nell'ambito della quale la disciplina della s.p.a. è vista come regolazione “*di un insieme di poteri funzionali, destinati alla realizzazione di un obiettivo predeterminato (e non disponibile da parte dei soggetti agenti), che è quello dell'efficienza e della redditività dell'impresa*”; sul tema, v. anche ID., *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *La responsabilità sociale dell'impresa – In ricordo di Giuseppe Auletta*, a cura di V. Di Cataldo e P.M. Sanfilippo, Torino, 2013, p. 26 e ss.; ID., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *RDS*, 2008, p. 198 e ss. Critico verso la possibilità di ricondurre interamente la società per azioni al mondo contrattuale anche ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012.

²⁸ Lo aveva già suggerito JAEGER P.G., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, cit., p. 795.

²⁹ Da ultimo, v. MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Rivista delle società*, 2018, II, p. 303 e ss.

³⁰ Ancora MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, cit., p. 304 e ss.

Ritornando all'esame dell'art. 2373 c.c., sempre con riguardo all'interesse sociale, la cultura giuridica si è poi chiesta se esso, comunque lo si definisca, debba essere valutato in concreto o in astratto³¹.

Sul punto, dopo una iniziale prevalenza della tesi della natura astratta³², motivata in particolare attraverso la necessità di evitare un sindacato di merito da parte del giudice sulla delibera assembleare e sulla politica perseguita dalla maggioranza della società³³, sembra sempre di più farsi strada la tendenza a ricostruire l'interesse sociale in un'accezione concreta, come interesse della società a prendere una determinata deliberazione nei termini proposti³⁴.

Come si è già accennato, ai fini dell'annullamento della delibera assembleare, non è più sufficiente dimostrare il carattere determinante del

³¹ PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 428 e ss., rileva il carattere equivoco di una contrapposizione tra interesse astratto, da intendersi "interesse tipico proprio del gruppo dei soci in quanto tali", e interesse concreto, come "interesse del gruppo dei soci, ciascuno considerato nella sua realtà individuale, rispetto all'insieme dei loro interessi attinenti alle loro economie individuali". Per l'A. la distinzione può, semmai, acquistare rilevanza qualora con l'espressione interesse sociale astratto ci si riferisca "all'interesse alla realizzazione degli scopi sociali di per sé considerati", in antitesi con l'interesse concreto, da definirsi invece come "interesse alla realizzazione di un particolare affare a particolari condizioni che possano soddisfare lo scopo sociale".

³² MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 320 e ss.; JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, cit., pp. 212-213, che, per la verità, accogliendo l'idea per la quale il conflitto ricorrerebbe essenzialmente nei casi di contratto tra socio e società, finisce per rendere superflua la scelta tra l'una o l'altra alternativa; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 227 e ss.

³³ Per PREITE, op. loc. ult. cit., l'accoglimento della concezione concreta comporterebbe una restrizione dello spazio di intervento del giudice, contrariamente a quanto ritenuto dalla dottrina tradizionale; l'A., peraltro, aderisce alla tesi della natura astratta, in quanto solo quest'ultima consentirebbe di valorizzare pienamente l'autonomia del requisito del danno potenziale, che sarebbe, invece, scontato e implicito nella nozione di conflitto di interessi ove si interpretasse in concreto l'interesse sociale. Le parole di Preite, invero, colgono nel segno e disvelano, ancora una volta, l'ambiguità e la dubbia utilità di tutte le etichette coniate in materia di conflitto di interessi. L'opzione per la natura concreta dell'interesse sociale può infatti essere accettata se con essa si vuole fare in modo che la valutazione dell'interesse personale del socio sia effettuata *in relazione all'interesse sociale che può essere soddisfatto dalla specifica delibera adottata*. Non sembra, invece, condivisibile l'idea di chi, appellandosi alla concretezza, ai fini della integrazione del requisito del conflitto richiede che l'interesse particolare del votante *si sia effettivamente mosso in direzione contraria a quello sociale nella delibera adottata*, realizzandosi in tal modo una palese intersezione tra la verifica del conflitto e quella del danno (che, tra l'altro, per la norma non deve necessariamente essere effettivo, potendo esso assumere rilievo anche se si mantiene allo stato potenziale).

³⁴ 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. Aderisce oggi alla accezione concreta anche GAMBINO, *Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni*, cit., p. 379.

voto del socio in conflitto³⁵, occorrendo altresì la prova che la decisione sia idonea a recar danno alla società.

Secondo la ricostruzione più accreditata, l'elemento in esame va interpretato come possibilità di pregiudizio per il patrimonio sociale destinato allo svolgimento dell'attività comune, esulando invece da questo profilo ogni considerazione per gli effetti prodotti dall'atto sul patrimonio dei soci individualmente considerati³⁶. Il legislatore in tal modo avrebbe inteso imporre una verifica circa la possibile lesione in concreto dell'interesse sociale ad opera della delibera assembleare, salvando quest'ultima quando, malgrado il conflitto, il gruppo sociale non abbia risentito un pregiudizio patrimoniale. Peraltro, il giudizio in esame ha ad oggetto la prevedibilità *ex ante* di un danno, al tempo della delibera, senza che alcun effetto conservativo possa derivare dall'eventuale mancato verificarsi del danno stesso a causa di circostanze imprevedibili nel momento in cui la decisione fu assunta.

A conclusione di questa ricognizione dell'art. 2373 c.c., va evidenziata la radicale diversità del disposto del secondo comma, che preclude espressamente la possibilità di voto per i soci amministratori, in relazione alle delibere riguardanti la loro responsabilità, e per i componenti del consiglio di gestione, in relazione alle deliberazioni riguardanti la nomina, la revoca o la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza. A

³⁵ Sebbene il riferimento al raggiungimento della "maggioranza necessaria", contenuto nella versione della norma anteriore al 2003, sia stato modificato nel senso sopra precisato, deve tuttavia ritenersi ancora oggi necessario che il voto espresso dal socio in conflitto sia aritmeticamente decisivo, non bastando una mera influenza esercitata dal medesimo sugli altri votanti. In tal senso v. GAMBINO, *Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni*, cit., p. 380; M.T. CIRENEI, *Art. 2373, Conflitto di interessi*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società diretto da F. d'Alessandro*, vol. II, tomo I, Padova, 2010, p. 778 e ss.; MELI, *Art. 2373 c.c. Conflitto di interessi*, cit., p. 1004. Così Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro it.*, 2006, p. 3455.

³⁶ GAMBINO, op. loc. ult. cit.; diversamente PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 434 e ss., secondo il quale, oltre ad assumere rilevanza anche il danno da occasioni mancate, costituirebbe danno alla società anche il pregiudizio (sempre potenziale) alla "produttività del capitale e quindi al valore dell'insieme delle azioni". Tale tesi, in effetti, sembra in linea con i più recenti approdi della teoria dello *shareholder value*.

differenza del primo comma, tale norma impone infatti uno specifico divieto di voto, alla cui violazione dovrebbe pertanto seguire la possibilità per il presidente dell'assemblea di impedire al socio in questione l'esercizio del diritto di voto ai sensi dell'art. 2371 c.c.³⁷

Il fondamento di questo divieto, in parte analogo a quello posto dall'art. 161 del vecchio codice di commercio, è stato tradizionalmente ravvisato dalla dottrina nell'esigenza di evitare che il socio, tramite il suo voto, esprima una valutazione sul suo stesso operato, contravvenendo così al principio per il quale nessuno può essere al contempo giudice e soggetto giudicato³⁸. Si è altresì ritenuto, da parte di taluni, che la fattispecie considerata integrerebbe una ipotesi evidente di contrapposizione insanabile tra l'interesse del socio e quello della società, per la quale il legislatore avrebbe dettato una presunzione insuperabile di conflitto di interessi³⁹.

Anche accogliendo le superiori affermazioni, occorre peraltro chiedersi la ragione di questa peculiare e rigorosa scelta normativa, che, dopo la riforma del 2003, appare ancor più eterogenea rispetto alla previsione generale del conflitto di interessi del socio.

³⁷ Così MELI, *Art. 2373 c.c. Conflitto di interessi*, cit., p. 1006.

³⁸ Il richiamo a tale principio, per il vero di matrice processualcivilistica, si ritrova nella dottrina maggioritaria: ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 1161, ove si prospetta una estensione del divieto "ad ogni voto dato in causa propria"; BIGIAMI, *Elezioni di nuovi amministratori con il voto degli amministratori revocati in seguito ad azione sociale di responsabilità (Conflitto d'interessi? Eccesso di potere?)*, cit., p. 488; MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 450; JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, cit., p. 217. In giurisprudenza, in questo senso, Trib. Milano 4 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 175. Più di recente, v. anche, DE PRA, *Deliberazione negativa votata in conflitto d'interessi e divieto di voto del socio-amministratore*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 922 e ss.; LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *Art. 2373*, in *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 273. Per la stessa giustificazione in relazione all'art. 161 del codice di commercio del 1882, v. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, cit., p. 314, ove si allude ad una "approvazione del proprio operato" da parte del votante.

³⁹ MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 326, nel quadro di una ricostruzione unitaria delle diverse disposizioni contenute nell'art. 2373 c.c., sostenuta sotto la vigenza del testo anteriore alla riforma del 2003.

Sembra che il divieto di voto in discorso nasca dalla specificità del caso sottoposto a regolazione. Più precisamente, è evidente che, qualora si attribuisse al socio la legittimazione al voto nelle ipotesi contemplate dall'ultimo comma dell'art. 2373 c.c. e si applicasse la disciplina prevista dal primo comma della stessa disposizione, si dovrebbe prospettare poi l'annullabilità della decisione assunta dall'assemblea con il contributo determinante del socio in conflitto. Sennonché, nei casi in esame, si tratterebbe di annullare una delibera negativa, giacché in essi il socio potrebbe perseguire il proprio interesse in contrasto con quello sociale solo votando contro l'approvazione della delibera vantaggiosa per la società⁴⁰. Sul punto, come è noto, è controversa in dottrina e giurisprudenza la invocabilità del rimedio reale. Inoltre, anche se si aderisse alla tesi affermativa, i soci impugnanti non otterrebbero il risultato da loro sperato qualora si dovesse ritenere precluso per il giudice emanare una sentenza produttiva degli effetti della delibera illegittimamente respinta: una volta annullata la delibera negativa, infatti, a tale ultima statuizione potrebbe conseguire nuovamente la non adozione della decisione da parte della maggioranza in conflitto di interessi⁴¹.

Orbene, il fatto che l'ultimo comma dell'art. 2373 c.c. abbia categoricamente escluso la legittimazione al voto per il socio che sia al

⁴⁰ Si consideri l'esempio del socio amministratore in relazione alla delibera assembleare concernente l'esercizio dell'azione di responsabilità nei suoi confronti: ove si consentisse al socio di votare in assemblea, egli avrebbe senz'altro un interesse personale (contrario alla società) ad evitare di incorrere nell'obbligo di risarcimento del danno; tale interesse, se perseguito dal socio, dovrebbe indurlo a votare contro l'esercizio dell'azione di responsabilità nei suoi confronti, sicché, nel caso in cui il suo voto fosse determinante, egli contribuirebbe a non fare approvare la delibera.

⁴¹ Per la tesi per cui la decisione a contenuto negativo non costituirebbe delibera, in dottrina, SCOTTI CAMUZZI, *I poteri del presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Riv. intern. scienze economiche e commerciali*, 1963, p. 908; MARTINES, *L'abuso della minoranza nelle società di capitali*, in *Contr. e impresa*, 1997, p. 1209; MAZZONI, *Gli azionisti di minoranza nella riforma delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 501. In giurisprudenza, v. Cass. 26 agosto 2004, n. 16999, in *Vita notarile*, 2004, p. 1623, in cui si sottolinea la imprescindibilità della proclamazione presidenziale dei risultati della votazione assembleare, che, avendo carattere costitutivo, non può essere surrogata dall'intervento giudiziale. Nel medesimo senso, GUERRERA, *Il verbale di assemblea*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, p. 126.

contempo amministratore o per il membro del consiglio di gestione potrebbe essere interpretato come una particolare ed episodica soluzione normativa al problema del voto decisivo per la non approvazione della delibera. In altri termini, secondo questa lettura, il legislatore avrebbe dettato una disciplina diversa da quella di cui al primo comma, nel presupposto che il rimedio dell'annullamento per conflitto ivi contemplato non sia idoneo ad assicurare tutela agli impugnanti nel caso di specie, dovendosi escludere di regola la possibilità per il giudice di proclamare l'approvazione della delibera illegittimamente rigettata⁴². Ad un esito utile per i soci non in conflitto, invece, è possibile giungere proprio grazie alla esclusione della legittimazione al voto dei soci in conflitto, che conduce ad un abbassamento dei *quorum* deliberativi valevoli in assemblea e consente al giudice, in caso di avvenuta violazione, di eliminare i voti dei non legittimati⁴³.

Va peraltro dato atto della presenza, soprattutto nella giurisprudenza di merito, di un diverso orientamento, tendente a riconoscere in via

⁴² Se si dovesse ritenere sempre ammissibile la proclamazione giudiziale della delibera illegittimamente rigettata, la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 2373 c.c. non avrebbe alcuna ragion d'essere: per ritornare all'esempio della nota 40, ai soci pregiudicati dal mancato esercizio dell'azione di responsabilità basterebbe impugnare la delibera negativa ai sensi del primo comma dell'art. 2373 c.c., e chiedere contestualmente una pronuncia produttiva degli effetti di cui all'art. 2393, I comma, c.c.

⁴³ La ragione delle diverse conseguenze va rintracciata anche nell'art. 2368, III comma, c.c., per il quale, salvo diversa disposizione di legge, le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto – tra le quali rientrano quelle di cui all'art. 2373, II comma, c.c. – sono computate ai fini della regolare costituzione dell'assemblea, mentre esse non sono computate ai fini della approvazione della delibera. La norma aggiunge che non sono computate ai fini dell'adozione della decisione neppure le azioni per le quali il diritto di voto non sia stato esercitato dall'avente diritto per via di una sua *volontaria astensione* per conflitto di interessi, sicché *a contrario* deve ritenersi che siano invece da computare ai medesimi fini le azioni in relazione alle quali il socio in conflitto non si sia astenuto ai sensi dell'art. 2373, I comma, c.c. Sul punto, v. DE PRA, *Deliberazione negativa votata in conflitto d'interessi e divieto di voto del socio-amministratore*, cit., p. 922 e ss., ove è segnalato – e sottoposto a condivisibili critiche – l'orientamento teso ad applicare analogicamente la regola della irrilevanza ai fini del *quorum* deliberativo alle azioni per le quali il socio in conflitto abbia votato, senza astenersi. Nel senso della generale inammissibilità di un accertamento giudiziale della delibera non approvata per il voto determinante dei soci in conflitto, anche LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *Art. 2373*, in *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 274, dove è però fatto salvo il caso dell'ultimo comma dell'art. 2373 c.c.

generale l'annullabilità delle delibere negative e la liceità di un accertamento giudiziale della delibera illegittimamente rigettata⁴⁴.

È infine opinione maggioritaria che la fattispecie di cui all'ultimo comma dell'art. 2373 c.c. prescinda dal requisito del danno potenziale⁴⁵.

2 – Gli interessi degli amministratori.

Diversamente da quanto si è visto in sede di analisi della disciplina del socio, il problema degli interessi degli amministratori è stato sottoposto ad attenzione legislativa fin dal codice di commercio del 1865, che, all'art. 138, disponeva la incompatibilità tra la carica di amministratore di società e la posizione di banchiere, di costruttore, di appaltatore o subappaltatore di materiali per conto della società. La norma, come illustrato anche nella Relazione di presentazione del codice⁴⁶, si poneva l'obiettivo di stroncare in radice le conseguenze negative dell'intreccio di interessi, introducendo una limitazione sotto il profilo dei soggetti suscettibili di assumere il ruolo di amministratori. L'approccio seguito dal legislatore post-unitario era pertanto il più severo tra quelli possibili, in quanto si traduceva in una preclusione rigida e non superabile neppure attraverso l'impiego di cautele idonee ad evitare il verificarsi di pregiudizi per il patrimonio della società.

⁴⁴ Trib. Milano 2 giugno 2000, in *Foro it.*, 2000, p. 3638; Trib. Milano 28 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 98; App. Roma 29 maggio 2001, in *Società*, 2001, p. 1487. In senso positivo, anche Coll. Arb. 2 luglio 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 911. In dottrina, per la generale impugnabilità della delibera negativa, v. TRIMARCHI P., *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, cit., p. 63; PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., pp. 120-123; CIAN M., *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003, p. 138.

⁴⁵ ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, cit., p. 1161; MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 450; GAMBINO, *Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni*, cit., p. 382, in cui si esclude, per tale specifica ipotesi, il collegamento tra il divieto di voto e l'ulteriore requisito del danno potenziale per la società. Di diverso avviso, invece, MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 326.

⁴⁶ Si tratta della Relazione a S.M. del 25 giugno 1865.

La scelta legislativa non tardò a manifestare i suoi limiti: già nel 1871 la Commissione appositamente incaricata di riformare il codice rilevava la opportunità di superare la previsione della incompatibilità⁴⁷, che avrebbe finito per privare la società dei contributi dei soggetti più adatti alla conduzione degli affari imprenditoriali⁴⁸.

Dopo un intenso dibattito, nel quale vennero scartate le soluzioni estreme della irrilevanza del conflitto di interessi, da un lato, e della incapacità alla nomina dell'amministratore in conflitto, dall'altro, prevalse una corrente di compromesso, che trovò espressione nell'art. 150 del codice di commercio del 1882. In quest'ultimo, infatti, si prevedeva che l'amministratore, ove avesse avuto in una determinata operazione, "*in proprio nome o come rappresentante di un altro, interesse contrario a quello della società*", avrebbe dovuto darne notizia agli altri amministratori e ai sindaci, e avrebbe dovuto astenersi da ogni deliberazione riguardante l'operazione stessa; la norma aggiungeva che, in caso di mancata approvazione della deliberazione da parte dei sindaci, gli amministratori che avessero preso parte ad essa sarebbero incorsi in responsabilità per le perdite derivate alla società.

L'art. 150 del codice di commercio del 1882 imponeva pertanto all'amministratore un obbligo di comunicazione avente ad oggetto ogni interesse potenzialmente idoneo a porsi in contrasto con quello sociale, senza esclusione dei casi in cui vi fosse stata la possibilità di strutturare l'operazione in modo conforme al bene della società⁴⁹.

⁴⁷ Va incidentalmente evidenziato che il meccanismo della incompatibilità, seppur abbandonato in relazione alla figura dell'amministratore, trova ancora impiego con riguardo alla carica di sindaco, come testimonia l'art. 2399 c.c. Il discorso verrà approfondito *infra*, allorchè si metteranno in luce le diverse tecniche utilizzabili, in astratto, per costruire e per disciplinare le fattispecie di conflitto di interessi.

⁴⁸ Per una approfondita ricostruzione della evoluzione storica del sistema, v. SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, Milano, 1999, p. 84 e ss.

⁴⁹ Così DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1938, pp. 362-363.

A quel punto, sulla operazione avrebbero preso la parola i sindaci, ai quali, nell'esercizio dei loro compiti di vigilanza sulla amministrazione⁵⁰, sarebbe spettato il compito di decidere se avallare o meno il compimento dell'affare. Qualora si fosse poi optato per la realizzazione dell'operazione, l'amministratore interessato avrebbe dovuto astenersi dal partecipare alla deliberazione.

Nonostante quest'ultima specificazione, la norma non dedicava alcun cenno alla questione della legittimità del voto dell'amministratore in conflitto e della validità della delibera consiliare, limitandosi a contemplare, per il caso di mancata approvazione dei sindaci, l'obbligo per gli amministratori che avessero preso parte alla votazione di risarcire le perdite derivate alla società.

Secondo l'interpretazione dapprima maggioritaria, fondata sul tenore letterale della disposizione, la risposta sanzionatoria dell'art. 150 si sarebbe esaurita nella sopra richiamata responsabilità, che avrebbe dovuto egualmente coinvolgere sia l'amministratore interessato sia gli altri amministratori disinteressati ma favorevoli all'approvazione della decisione non autorizzata dai sindaci⁵¹.

Decisamente più articolata era, invece, la posizione sostenuta da altra dottrina, per la quale l'obbligo di risarcire le perdite, previsto per l'ipotesi di mancato consenso dei sindaci, avrebbe lasciato impregiudicato il problema della validità della delibera consiliare, da risolvere in base ai principi generali.

⁵⁰ Per il vero qui dilatati fino ad arrivare ad una sorta di controllo di merito, come ricorda SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, cit., p. 88, n. 13.

⁵¹ In questo senso, ad esempio, SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, II, Torino, 1934, p. 693; VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, II, Milano, 1884, p. 138; MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coord. da Leone Bolaffio e Cesare Vivante, Torino, 1929, p. 381 e ss. In giurisprudenza, del medesimo avviso, Trib. Milano 20 gennaio 1919; Cass. Torino 3 aprile 1917; Trib. Genova 15 dicembre 1908; App. Napoli 18 marzo 1908.

Più precisamente, per una prima tesi, il contratto stipulato in esecuzione della delibera consiliare viziata da conflitto di interessi avrebbe dovuto reputarsi nullo, dovendosi fare ricorso alla sanzione più grave di fronte ad una chiara ipotesi di contratto concluso dal rappresentante con se stesso⁵². Secondo un'altra visione, invece, la invalidità della delibera consiliare avrebbe dovuto essere ricostruita in termini di annullabilità, essendo quest'ultima la sanzione più appropriata per il caso di specie⁵³.

La tendenza a riconoscere spazi di operatività al rimedio reale trovò col tempo l'avallo della giurisprudenza, che, contestualmente, iniziò a subordinare la rimozione della delibera ad un accertamento circa l'effettiva prevalenza dell'interesse dell'amministratore su quello sociale⁵⁴.

L'interpretazione da ultimo consolidatasi intorno all'art. 150 del codice di commercio fu recepita quasi integralmente dal legislatore del 1942⁵⁵, che, all'art. 2391 c.c., costruì una disciplina del conflitto di interessi degli amministratori tutta incentrata sulla annullabilità della delibera consiliare, confinando peraltro tale sanzione alla eventualità che la stessa

⁵² VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*, II, Milano, 1906, pp. 368-371. Per l'illustre Autore, astenutosi l'amministratore interessato, l'intervento dei sindaci avrebbe presupposto l'esistenza di un numero di amministratori disinteressati sufficiente al raggiungimento dei *quorum* consiliari, mentre, in assenza di questo, l'adozione della decisione gestoria non sarebbe stata possibile, se non con l'intervento dell'assemblea. In caso, invece, di mancata astensione dell'interessato, il contratto stipulato dalla società sarebbe stato radicalmente nullo, a prescindere dalla decisività del contributo dell'amministratore interessato.

⁵³ Così ASQUINI, *Conflitto di interessi tra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee delle società per azioni*, cit., p. 172. Alla tesi dell'annullabilità aderisce poi, in una successiva edizione del Trattato, il VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*, II, Milano, 1935, p. 294, che espressamente afferma l'irrelevanza, ai fini della invalidità, del carattere determinante o meno del voto dell'amministratore interessato.

⁵⁴ Tra la fine degli anni Trenta e i primi anni Quaranta, il Supremo Collegio fu più volte richiesto di pronunciare l'invalidità della delibera consiliare viziata da conflitto di interessi, ma rigettò sistematicamente le domande, non ravvisando "in concreto" la sussistenza del conflitto. Così Cass. 25 maggio 1933, in *Giur. it.*, 1933, I, 1, p. 924; Cass. 24 gennaio 1936, in *Riv. dir. comm.*, 1936, II, p. 205 e ss., con nota di NAVARRINI, *Questioni in materia di società e di fallimento*; Cass. 9 giugno 1941, in *Dir. fall.*, 1942, II, p. 359. L'argomentazione utilizzata lasciava peraltro credere che il rimedio reale potesse trovare applicazione, qualora si fosse raggiunta la prova dell'effettivo sacrificio dell'interesse sociale nel caso di specie. Nel senso dell'annullabilità della delibera, v. Cass. 3 agosto 1949, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, p. 421 e ss.

⁵⁵ v. ancora Cass. 3 agosto 1949, cit., p. 423, ove si segnala la linea di continuità tra l'orientamento giurisprudenziale formatosi sull'art. 150 del codice di commercio del 1882 e il testo del nuovo art. 2391 del codice civile del 1942.

decisione fosse stata approvata col voto determinante dell'amministratore in conflitto e fosse stata in grado di recare danno alla società⁵⁶. Nettamente riformato risultava, invece, il ruolo dei sindaci, i quali, privati del discutibile potere di approvare il compimento dell'affare, erano stati muniti della legittimazione ad impugnare la delibera viziata, con una previsione più in armonia con la loro funzione di controllo.

L'art. 2391 c.c., dopo la sua introduzione, è stato intensamente modificato nel 2003⁵⁷ e, nella sua versione ultima, dispone che: *“l'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo*

⁵⁶ Il requisito del danno potenziale, al quale fu condizionato l'annullamento della delibera, sembrava assecondare quella tendenza della giurisprudenza a riconoscere rilevanza soltanto al conflitto *“concreto”* di interessi: in tal senso, pare orientarsi SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, cit., p. 98, nota 47. Tuttavia, la circostanza che il codice del 1942 abbia legislativamente separato gli elementi del conflitto e del danno potenziale non è priva di conseguenze ai fini dell'interpretazione dell'attuale disposto normativo, come si vedrà *infra*, quando ci si interrogherà sulla possibilità di ricostruire *ex post* il conflitto di interessi. In questa sede è sufficiente evidenziare che, alla luce di tale netta divaricazione tracciata dall'art. 2391 c.c., l'espressione *“conflitto concreto”* sembra possa essere accettata solo se con essa si intende agganciare la valutazione sul rapporto tra gli interessi in gioco alla singola operazione da compiere, considerata nella sua specificità: in quest'ottica, le conclusioni si rivelano simili a quelle raggiunte dalla dottrina in merito al socio (per le quali v. *supra* p. 17, n. 31 e 33) e possono allora condividersi le riflessioni di BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 226. Meno nitide appaiono, invece, le parole del medesimo A. allorché egli esige, *“perché sussista il conflitto, che l'operazione da compiersi sia effettivamente – per il suo contenuto e modalità – pregiudizievole alla società”* (p. 227, n. 159), dove sembra emergere una sovrapposizione tra i requisiti di cui all'art. 2391 c.c., anche se occorre ricordare che tali affermazioni sono inserite nell'ambito di un discorso relativo alla responsabilità degli amministratori.

⁵⁷ Prima della riforma del 2003, il testo dell'art. 2391 c.c. era il seguente: *“l'amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa.*

In caso di inosservanza, l'amministratore risponde delle perdite che siano derivate alla società dal compimento dell'operazione.

La deliberazione del consiglio, qualora possa recare danno alla società, può, entro tre mesi dalla sua data, essere impugnata dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci se, senza il voto dell'amministratore che doveva astenersi, non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione”.

collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile.

Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione.

Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

L'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione.

L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico”.

Diversamente da quanto previsto in precedenza, la norma non impone più un obbligo di astensione, potendo l'amministratore partecipare alla delibera consiliare a condizione che egli abbia informato l'intero organo gestorio e l'organo di controllo della sussistenza di un proprio interesse personale⁵⁸.

⁵⁸ SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 48; MAFFEIS, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata. (Alcune) prime osservazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 524; FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori: profili di sistema*, cit., p. 178 e ss.

Con riguardo a quest'ultimo, sempre con la riforma del 2003 è venuto meno il riferimento alla situazione di conflittualità rispetto all'interesse sociale, con il risultato che oggi l'amministratore soggiace ad un obbligo informativo più ampio rispetto al passato, che abbraccia testualmente "ogni interesse" di cui egli sia portatore in una operazione societaria.

La formula testé menzionata, dal carattere fortemente espansivo, è stata oggetto di riflessioni da parte della cultura giuridica, che attraverso varie strade ha cercato di delimitarne la portata, anzitutto mettendo in correlazione l'obbligo di *disclosure* con la "determinata operazione" cui la norma si riferisce, da intendersi come qualunque fatto che possa formare oggetto di deliberazione discrezionale⁵⁹ o, per altri, in senso più restrittivo, come ogni atto della società produttivo di obbligazioni o comunque idoneo a incidere sul patrimonio sociale⁶⁰.

In secondo luogo, si è ritenuto che l'obbligo di comunicazione insorga solamente nel caso in cui l'interesse dell'amministratore raggiunga una soglia minima di rilevanza, sul piano quantitativo e qualitativo, da apprezzarsi in base alla sua idoneità ad influenzare l'operato di un amministratore mediamente diligente e corretto⁶¹. Si è poi richiesto, da parte di taluni, un rapporto di derivazione immediata e diretta del vantaggio personale dall'operazione, non essendo sufficiente una relazione di mera occasionalità tra le due entità⁶².

⁵⁹ Così ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 200 e ss., che intende escludere dall'area applicativa della norma i casi di delibere consiliari vincolate nel contenuto; anche MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, p. 588 e ss.

⁶⁰ SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, pp. 759-760.

⁶¹ ENRIQUES-POMELLI, *Art. 2391*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 759 e ss.; v. anche VENTORUZZO, *Art. 2391*, in *Amministratori (art. 2380-2396)*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, p. 440 e ss.

⁶² SAMBUCCI, op. loc. ult. cit.

Nella medesima ottica si è mossa quella dottrina che ha soffermato la propria attenzione sulla necessità di chiarire la “*natura*”, i “*termini*”, l’“*origine*” e la “*portata*” dell’interesse, circostanza che implicitamente manifesterebbe l’obiettivo di circoscrivere l’obbligo informativo a certe situazioni dotate di sicura importanza⁶³.

Secondo un altro orientamento formatosi all’indomani della riforma, peraltro, nonostante la intervenuta variazione lessicale, l’obbligo previsto a carico dell’amministratore dal primo comma andrebbe pur sempre inquadrato in vista di una disciplina del conflitto di interessi, come risulterebbe dal mantenimento - nella parte della disposizione relativa all’annullamento della delibera consiliare - del requisito del danno potenziale per la società. In altri termini, se dalla operazione a cui l’amministratore è interessato deriva un danno per la società, anche solo potenziale, ciò necessariamente accade poichè l’interesse personale dell’amministratore si è realizzato in contrasto con quello sociale.

In base a questa ricostruzione, l’amministratore avrebbe più semplicemente l’obbligo di comunicare ogni interesse “*collaterale*” rispetto a quello sociale, essendo, invece, compito del consiglio di amministrazione riscontrare se sussista o meno un conflitto con l’interesse della società⁶⁴, pur necessario ai fini dell’attivazione del rimedio reale⁶⁵.

⁶³ CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 113 ss., ove si indugia sulla ricostruzione dei termini sopra richiamati; contra SALANITRO, op. loc. ult. cit.; MAFFEIS, *Il particolare rigore della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 1063, per il quale l’amministratore non deve nascondere al consiglio di amministrazione nulla di ciò che sappia del suo interesse, dovendo anzi egli informarsi, in base alla diligenza professionale richiestagli, circa gli aspetti del suo interesse che gli siano ignoti.

⁶⁴ Va incidentalmente ricordato che, a differenza di quanto segnalato in sede di analisi dell’art. 2373 c.c., la dottrina ha sempre avuto minori resistenze nell’intendere l’interesse sociale in chiave concreta con riguardo agli amministratori, essendo questi ultimi tenuti per legge al perseguimento dell’interesse sociale, che per loro si presenta come un dato. In tal senso v. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 221 e ss.

⁶⁵ MAFFEIS, op. loc. ult. cit., ove l’A. afferma che prima della discussione consiliare non è possibile distinguere tra interesse in conflitto e interesse non in conflitto con quello sociale, sicché la nuova formulazione avrebbe lo scopo di chiarire inequivocabilmente l’impossibilità di procedere ad un giudizio

A tale corrente di pensiero si oppongono quanti, invece, sostengono che la nuova formulazione si spieghi in ragione dell'esigenza di stimolare una *governance* improntata alla massima trasparenza⁶⁶, al fine di consentire una gestione in un certo senso "*fisiologica*" del fenomeno degli interessi degli amministratori, a prescindere da una vera e propria situazione di conflitto, che, invece, si ricondurrebbe ad un contesto "*patologico*"⁶⁷.

Come verrà illustrato compiutamente più avanti, sembrano sussistere ragioni ulteriori, rispetto a quelle già indicate, per ritenere che la disciplina degli interessi degli amministratori continui a ruotare attorno al concetto di conflitto.

Proseguendo nell'analisi della disposizione, se è venuto meno in linea generale l'obbligo di astensione del comune amministratore⁶⁸, esso

sul conflitto nel momento in cui l'amministratore è chiamato ad attivarsi, potendo quella valutazione effettuarsi solo in sede di discussione condotta dall'intero consiglio di amministrazione.

⁶⁶ MARCHETTI C., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1229. In questa ottica, sembra aver esercitato influenza sul nostro ordinamento l'approccio seguito in materia dai sistemi anglosassoni, orientati soprattutto a prevenire i conflitti di interesse e a dettare, in presenza di un conflitto in atto, una regola di condotta cui gli amministratori devono attenersi per evitare di incorrere in responsabilità nei confronti della società. Anche SALANITRO, op. loc. ult. cit., propende per la non necessità del conflitto, evidenziando che la delibera è annullabile anche quando l'amministratore non ha partecipato alla riunione consiliare, ma non ha dato notizia del proprio interesse nell'operazione. Sul punto v. anche CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 119 e ss.

⁶⁷ Nel senso dell'interpretazione meno conservatrice potrebbe leggersi il nuovo art. 2391, nella parte in cui individua quale autonoma causa di annullabilità la mera violazione dell'obbligo di comunicazione di cui al primo comma. Il requisito del danno potenziale, tuttavia, anche per tale ipotesi richiesto, comporta una certa ambiguità del sistema normativo.

⁶⁸ Sostiene la persistenza dell'obbligo di astensione per tutti gli amministratori, pur sotto la vigenza del nuovo testo, GUIZZI, *Commento all'art. 2391*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, II, p. 652 e ss.; ID., *Interessi degli amministratori e operazioni con parti correlate*, in AA. VV., *La governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma*, coordinato da Marchetti-Santosuosso, Milano, 2013, p. 174 e ss. L'A. ritiene che l'annullabilità della decisione consiliare assunta col voto determinante dell'amministratore interessato, ove potenzialmente dannosa, possa spiegarsi solo riconoscendo che la delibera stessa sia viziata nel senso di cui all'art. 2388 c.c.: segnatamente il vizio sarebbe integrato dalla partecipazione al voto di un soggetto non legittimato. Altro argomento sarebbe costituito dal riferimento ai "*danni derivanti dalla azione*" dell'amministratore, contenuto al comma quarto dell'art. 2391 c.c., che non potrebbe che ricollegarsi alla violazione di un obbligo di natura omissiva, quale quello di astensione; a tale considerazione si oppone in particolare SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, p. 481 e ss., per il quale il comportamento commissivo illegittimo andrebbe individuato nella condotta dell'amministratore unico o delegato posta in essere in violazione del primo comma dell'art. 2391 c.c., e

permane, invece, a carico del membro delegato, in relazione al compimento dell'operazione rientrante nelle sue funzioni, che deve pertanto essere rimesso al *plenum*.

Quanto, invece, all'amministratore unico, oggetto di specifica considerazione da parte del decreto legislativo n. 310 del 28 dicembre del 2004, l'art. 2391 c.c. gli impone il dovere di informare del proprio interesse, oltre il collegio sindacale in via preventiva onde possa assumere le iniziative di sua competenza, anche la prima assemblea utile. Ciò è previsto non tanto per consentirle di ratificare l'operato dell'organo gestorio con effetti di esonero dalla responsabilità – il che è fermamente vietato dall'art. 2364, I comma, n. 5 c.c. -, bensì per permettere ai soci di riflettere sull'opportunità di procedere alla revoca dell'amministratore medesimo o al promovimento dell'azione di responsabilità nei suoi confronti o, ancora, alla denuncia delle gravi irregolarità al tribunale a norma dell'art. 2409 c.c.⁶⁹

Venendo all'apparato sanzionatorio, la norma oggetto di esame statuisce, analogamente al passato, la invalidità della delibera consiliare adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato, purché essa sia idonea a recare danno alla società.

Tuttavia, confermandosi così il carattere misto e per certi versi ambiguo del nuovo sistema, la medesima sanzione viene disposta, sempre che sussista il requisito del danno potenziale, anche per l'eventualità che non siano stati rispettati gli obblighi di cui al primo o al secondo comma

in quella dell'amministratore che abbia orientato, in sede consiliare, il proprio voto determinante in direzione contraria all'interesse della società. Nel senso della generalità dell'obbligo di astensione anche SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., pp. 769-770, poiché, a ragionare diversamente, una volta annullata la delibera, nulla osterebbe alla rinnovazione del procedimento deliberativo, con la conseguente possibilità di adozione di un'altra decisione di eguale contenuto, assunta ancora con il voto determinante dell'amministratore interessato.

⁶⁹ MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 596, in cui si ritiene che il riferimento alla "*prima assemblea utile*" precluda un'informazione preventiva dei soci.

dell'art. 2391 c.c., con l'ulteriore precisazione che, nel caso di mancato assolvimento del dovere di comunicazione, la legittimazione alla impugnazione spetta anche agli amministratori che hanno espresso voto favorevole alla delibera⁷⁰.

In merito alla “*idoneità a recar danno*”, in aggiunta alle considerazioni già svolte in relazione all'art. 2373 c.c., occorre evidenziare che la formulazione impiegata si presta a ricomprendere delibere che è incerto se siano pregiudizievoli per la società, dovendosi così interpretare il predetto requisito in termini di “*probabilità*” di danno⁷¹.

Accanto al rimedio reale, l'art. 2391 c.c. prevede infine una fattispecie di responsabilità dell'amministratore⁷², certamente più ampia di quella configurata dalla versione precedente della norma, in quanto riferita non più alle perdite eventualmente derivanti dalla violazione del dovere di astensione, bensì più in generale a tutti i danni – comprensivi del lucro cessante⁷³ - conseguenti all'azione o all'omissione dell'amministratore. In tale ottica, quindi, quest'ultimo è tenuto al risarcimento anche qualora abbia assolto gli obblighi di comunicazione, in caso di voto orientato a danno della società⁷⁴ e in presenza di tutti gli altri presupposti della responsabilità, che si estende inoltre anche ai componenti del consiglio di

⁷⁰ Ciò si desume *a contrario* dal tenore del terzo comma dell'art. 2391, nella parte in cui stabilisce che “*l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma*”. V. SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., p. 773.

⁷¹ MAFFEIS, op. loc. ult. cit., in cui peraltro l'A. incorpora l'elemento del danno potenziale nel concetto di conflitto di interessi ed esclude che il giudice debba compiere un giudizio prognostico, intervenendo il suo sindacato soltanto a delibera già approvata. Contrario a tale ultimo assunto, pur aderendo in linea di massima alla definizione sopra riferita, il MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 594 e ss., per il quale è certo che il giudice deve effettuare una valutazione “*dell'interesse sociale all'epoca e della conformità ad esso della deliberazione assunta, secondo le conoscenze e le previsioni formulabili a quel tempo*”.

⁷² Da ritenersi speciale secondo la dottrina; così MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 597.

⁷³ MAFFEIS, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata. (Alcune prime osservazioni)*, cit., p. 531.

⁷⁴ In tal senso, v. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, cit., p. 52. Di diverso avviso, come rilevato alla n. 68, GUIZZI, *Commento all'art. 2391*, cit., p. 652 e ss.

amministrazione nell'ipotesi di omessa motivazione⁷⁵ e, più in generale, ogni volta che sussistano le condizioni di cui all'art. 2392, II comma, c.c.

3 – Interesse per conto proprio.

Premessi questi brevi cenni, risulta a questo punto necessario soffermarsi sulla nozione di “*interesse per conto proprio*”, che, ricorrendo sia nell'art. 2373 sia nell'art. 2391, può essere analizzata con una indagine unitaria.

La ricostruzione di tale elemento, oltre ad essere di fondamentale importanza per la precisazione dei contorni applicativi delle due norme, si rivela imprescindibile per affrontare il più specifico tema della rilevanza dei rapporti con i terzi nell'ambito della disciplina dei conflitti di interessi, che costituisce l'oggetto principale di questo studio.

Al concetto di interesse giuridicamente rilevante nell'ordinamento sono stati dedicati, nel corso del tempo, numerosi contributi⁷⁶.

Estremamente dibattuto si è rivelato, in particolare, il problema della sua natura, opponendosi, sul punto, l'opinione di quanti ravvisavano in esso un'entità di tipo soggettivo a quella che ne accentuava, al contrario, il suo carattere oggettivo⁷⁷.

⁷⁵ MAFFEIS, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata. (Alcune) prime osservazioni*, cit., p. 527, in cui all'omessa motivazione è equiparata la “*motivazione palesemente di comodo*”, che ricorre sia in caso di riferimento a fatti o condizioni di mercato insussistenti, sia quando le ragioni siano state espresse in modo troppo sintetico o con clausole di stile, sia infine nel caso in cui manchi ogni cenno all'interesse dell'amministratore che consenta di valutarne l'incidenza sull'interesse sociale.

⁷⁶ Mette in risalto la impossibilità di definire in modo compiuto il vocabolo “*interesse*”, anche nel diritto privato, FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori: profili di sistema*, cit., pp. 180-182, per il quale una delimitazione necessaria per la comprensione del tema richiede di restringere l'attenzione ai soli casi in cui venga in rilievo una persona fisica, legata ad una entità da una relazione, assunta dal diritto come elemento che può o deve influire sull'agire negoziale del soggetto, conformandolo.

⁷⁷ Per la prima accezione, v. ROCCO ART., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale; contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano, 1913, pp. 244 e 265, per il quale occorre distinguere l'utilità come idoneità di un bene a soddisfare un bisogno umano, integrante un elemento oggettivo e

Aderendo alla tesi della natura oggettiva, una parte della dottrina ha definito l'interesse come la relazione tra un soggetto, cui fa capo un bisogno, e un bene idoneo a soddisfare quel bisogno. Tale relazione sarebbe determinata nella previsione generale ed astratta di una norma⁷⁸.

Secondo un altro orientamento, invece, l'interesse, nel suo significato originario, si tradurrebbe in una tensione psichica di un soggetto verso un'entità (ossia un bene) considerata idonea ad appagare un bisogno⁷⁹. La stessa dottrina, peraltro, rileva che il termine interesse può essere impiegato anche per indicare altre relazioni esistenti su piani diversi da quello – reale - della effettiva dimensione psichica interna dell'individuo. Così, ad esempio, può darsi rilievo al piano sociale, con un concetto di interesse costruito attraverso un processo di astrazione di elementi tipici, che conduce alla individuazione di ciò che nella normalità dei casi integra manifestazione della realtà psicologica, costituente pur sempre il senso primitivo della nozione⁸⁰.

Pur con percorsi diversi, la prevalente dottrina converge, pertanto, verso una nozione di interesse il più possibile oggettiva ed ancorata a valutazioni sociali tipiche⁸¹, in conformità del resto con la – sia pur solo

astratto, dall'interesse vero e proprio, da intendersi in chiave soggettiva come giudizio emesso dal soggetto titolare di un bisogno sulla utilità di un bene quale mezzo di soddisfazione del medesimo bisogno; ancora, OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, pp. 56-57, che evidenzia l'insufficienza, ai fini della sussistenza di un interesse, di un semplice bisogno, potendo quest'ultimo essere avvertito da un soggetto senza che vi sia ancora interesse (ad es. perché il bisogno stesso è giudicato male minore rispetto allo sforzo da compiersi per il suo soddisfacimento, in qualsiasi misura). Critico nei confronti di tali prospettive JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, cit., p. 3 e ss., ove si segnala che l'attribuzione di un significato soggettivo alla nozione in esame non consente di dare alcun ruolo alle norme positive che a tale termine fanno riferimento.

⁷⁸ JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, cit., pp. 212-213, ove però, in conseguenza della già vista interpretazione per la quale il socio verserebbe in conflitto soltanto nel caso di contratto tra sé e la società, in presenza in altri termini di una contrapposizione insanabile con quest'ultima, la nozione così delineata non risulta ulteriormente approfondita e non svolge un ruolo specifico nel contesto dell'art. 2373 c.c.

⁷⁹ Così GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 116 e ss.

⁸⁰ Ancora GAMBINO, op. loc. ult. cit.

⁸¹ Deve, inoltre, essere sottolineato che, secondo lo stesso GAMBINO, op. loc. ult. cit., la norma giuridica può, nell'impiegare il concetto di interesse, porre essa stessa una definizione autonoma di questo. Tali osservazioni risultano particolarmente importanti, poiché, come si vedrà nel corso della trattazione, non è peregrino sostenere che il legislatore degli articoli 2373 e 2391 c.c. abbia fatto riferimento ad un interesse

tendenziale – regola della irrilevanza, per il nostro diritto, dei motivi o meri moventi psicologici⁸².

Sviluppando queste premesse, si è allora sostenuto che anche l'interesse del socio deve avere significato obiettivo, occorrendo la sussistenza di una relazione oggettivamente apprezzabile sul piano esterno della valutazione sociale⁸³.

Tali caratteri, inoltre, si concilierebbero con la fattispecie delineata dall'art. 2373 c.c., che esigerebbe una verifica *ex ante* della sussistenza del conflitto, incompatibile con la ricostruzione dell'*animus* del votante⁸⁴.

Queste conclusioni sono state successivamente estese anche all'amministratore⁸⁵, pur nella consapevolezza della diversità della

di tipo economico, da intendersi come convenienza oggettiva di un atto per la propria sfera giuridico-patrimoniale.

⁸² È del resto noto che la tendenza alla oggettivizzazione costituisce una delle linee direttrici dell'evoluzione del diritto privato, specialmente delle obbligazioni e dei contratti.

⁸³ V. TRIMARCHI P., *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, cit., p. 177, e MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 321, secondo il quale il socio può dirsi interessato ad una operazione se questa sia capace di porre in essere una situazione favorevole al soddisfacimento di un proprio bisogno, secondo il criterio dell'uomo medio. Nel medesimo ordine di idee, pur se nel contesto di una interpretazione radicalmente diversa, si colloca anche il pensiero di MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 460 e ss., ove al sistema rigorosamente obiettivo di reazione di cui all'art. 2373 c.c. si contrappone un sistema di tipo soggettivo, basato, invece, su una indagine dei motivi perseguiti attraverso l'esercizio del voto e funzionale a garantire la tutela delle minoranze, nelle ipotesi in cui non sia invocabile la norma sul conflitto di interessi. In particolare, l'A. si riferisce ai casi in cui uno o più soci siano stati mossi dall'intento di perseguire speciali vantaggi a danno di altri in modo incompatibile con l'interesse comune, nei quali al voto potrebbe applicarsi l'art. 1345 c.c., dovendosi ravvisare contrarietà alla norma imperativa contenuta nell'art. 2373 c.c.: la conseguenza dovrebbe poi consistere nella nullità del voto stesso e nella annullabilità della delibera, sempre che, sottratto il voto nullo, essa non appaia più sorretta dal consenso della maggioranza. Il problema dell'abuso della maggioranza, che esula dal presente studio, è stato variamente affrontato: v., tra i più significativi, JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, cit., p. 179 e ss.; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 177 e ss. e 299 e ss.; CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991, p. 120 e ss.; PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 1 e ss.; ID., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., p. e 3 ss.; LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *Art. 2373*, cit., p. 359, ove la categoria dell'abuso di maggioranza viene opportunamente distinta dalla controversa figura dell'eccesso di potere.

⁸⁴ MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 316 e ss., che rimarca la difficoltà sia di concepire l'intento di una società, che pure può assumere le vesti di socio, sia di provare l'esistenza di una intenzione in conflitto con l'interesse sociale. L'A. esprime poi delle riserve circa l'utilizzabilità, nell'ambito della stessa disposizione, del concetto di interesse in senso subiettivo, che ricostruisce in modo sovrapponibile a quanto fatto dal Gambino con la nozione di interesse in senso psicologico.

posizione da lui rivestita rispetto a quella del socio, sul quale inizialmente era stata condotta la riflessione.

È noto, infatti, che, mentre gli amministratori sono *ex lege* incaricati della cura di un interesse altrui - come conferma, del resto, la maggiore ampiezza dei doveri posti a loro carico dopo la riforma del 2003⁸⁶ - , sul socio non grava un obbligo positivo di perseguire con il voto l'interesse sociale, che in nessun modo potrebbe fondarsi sull'art. 2373 c.c., dal quale solo si ricava la sussistenza di un limite, consistente nel divieto di conseguire vantaggi personali extrasociali con danno per la società⁸⁷.

Con specifico riguardo all'art. 2391 c.c., la dottrina si è espressa nel senso che un interesse dell'amministratore ricorrerebbe quando vi sia ragionevole motivo di ritenere che egli, nelle concrete circostanze del caso, si rappresenti di ricavare dal compimento o dall'omissione dell'operazione un'utilità quantitativamente e qualitativamente rilevante, purché questa rappresentazione sia socialmente riconoscibile in quanto tale e nella sua utilità, che ne costituisce l'oggetto⁸⁸.

Alla luce delle superiori premesse, la nozione di "*interesse per conto proprio*" può identificarsi con quella di interesse ad un personale vantaggio, da reputarsi sussistente non solo nelle ipotesi di incremento di

⁸⁵ Con riguardo all'art. 2391 c.c. v. WEILLER, *Il conflitto d'interessi nella società*, in *Foro pad.*, 1946, II, p. 43, in cui si precisa che, a ragionare diversamente, si creerebbe nell'ambiente della società un'inammissibile "*atmosfera di diffidenza e di sospetto*", essendo legittimo, invece, soltanto considerare fatti obiettivi, i quali, secondo la comune esperienza, permettano di concludere che l'animo dell'amministratore sia turbato da un interesse in conflitto con quello sociale, tenuto conto anche della possibile concorrenza di sanzioni penali.

⁸⁶ v. *supra* p. 28 e ss.

⁸⁷ Per tutti GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 69 e ss., per il quale l'affermazione di un obbligo del socio di realizzare l'interesse sociale è alla base delle varie manifestazioni della teoria che individua nell'eccesso di potere lo strumento per apprestare tutela alle minoranze; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2012, p. 339 e ss.

⁸⁸ ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 146 e ss., ove l'A. pone al centro il momento della rappresentazione dell'utilità, opponendosi apertamente ad una ricostruzione in termini di tensione psichica verso di essa, che, richiedendo una scelta soggettiva, finirebbe per escludere dalla nozione di interesse le ipotesi, sicuramente in essa rientranti, di valutazione razionale compiuta dal soggetto sul piano intellettuale.

utilità, ma anche nei casi in cui il soggetto riesca ad evitare un sacrificio che altrimenti avrebbe dovuto sopportare⁸⁹.

Una conferma della centralità dell'elemento del vantaggio risulta oggi in modo chiaro dall'ultimo comma dell'art. 2391 c.c., che, disciplinando i comportamenti di sfruttamento delle *corporate opportunities*, espressamente ricollega l'obbligo risarcitorio gravante sull'amministratore alla "*utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari*" appresi nell'esercizio dell'incarico.

Come è stato ulteriormente evidenziato dalla dottrina, non è indispensabile che il termine di riferimento obiettivo dell'interesse sia costituito da un bene attuale, potendo al contrario essere sufficiente la direzione verso un bene futuro, purché identificabile⁹⁰.

Nel silenzio dell'ordinamento⁹¹, è discusso se l'interesse in questione debba rivestire necessariamente carattere patrimoniale o se, invece, a viziare la partecipazione alla decisione possa essere anche un interesse non patrimoniale.

I sostenitori della tesi più estensiva ritengono non sia pertinente, per suffragare la ricostruzione avversaria, né il richiamo alle finalità economiche assolute dall'organizzazione societaria né la previsione, nelle due norme sul conflitto di interessi, del requisito del danno potenziale per il patrimonio della società. Dalla prima circostanza, infatti, conseguirebbe soltanto il carattere economico dell'interesse sociale e non di quello personale del socio o dell'amministratore, mentre la seconda circostanza

⁸⁹ GAMBINO, op. loc. ult. cit.; PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 124.

⁹⁰ In altri termini, ciò che conta è che il requisito dell'attualità sia riferibile all'interesse; così GAMBINO, op. loc. ult. cit. In senso parzialmente diverso pare orientato VENTORUZZO, *Art. 2391*, in *Amministratori (art. 2380-2396)*, cit., p. 440 e ss., in cui si assume la sufficienza di un interesse solo potenziale, purché però la probabilità di realizzazione dello stesso sia tale da garantirgli rilevanza.

⁹¹ Diverso, ad esempio, il tenore letterale delle sec. 175 e 177 del *Company Law Act 2006* inglese, in cui si richiede un "*financial interest*".

esprimerebbe la volontà dell'ordinamento di riservare la sanzione invalidatoria ai soli casi in cui il conflitto di interessi abbia avuto un riflesso patrimoniale sulla società, onde salvaguardare il principio di continuità dell'attività sociale.

Pur dovendosi dare atto dell'esistenza di una divergenza in materia⁹², appare oggi prevalente l'orientamento che attribuisce rilevanza anche all'interesse non patrimoniale⁹³ di cui si faccia portatore il socio o l'amministratore, ipotesi specialmente ricorrente nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, nelle quali spesso il socio-ente pubblico è guidato non tanto da considerazioni attinenti al piano del lucro, quanto piuttosto da valutazioni politico-sociali.

Più in generale, si è aggiunto, non vi sarebbero ragioni tali da spiegare perché il legislatore avrebbe voluto circoscrivere le sue attenzioni alla sola dimensione del benessere materiale, come se i soci o gli amministratori fossero motivati nelle loro azioni solo dallo scopo di massimizzare la ricchezza⁹⁴.

⁹² Per quanto riguarda la posizione del socio, per la tesi restrittiva, ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, cit., p. 1160. Fortemente rigorosa anche la visione di ABBADESSA, *L'assemblea: la competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3*, Torino, 1994, p. 3 e ss. In giurisprudenza, nella stessa direzione Trib. Lanciano 26 gennaio 1952, in *Foro it.*, 1952, I, p. 937; Trib. Piacenza 12 gennaio 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 210; App. Milano 8 dicembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 15, con nota di WEIGMANN. Per gli amministratori, nel senso della rilevanza del solo interesse patrimoniale SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, cit., p. 91 e ss.

⁹³ Per i soci, v. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 207; PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 123 e ss.; MELI, *Art. 2373 c.c. Conflitto di interessi*, cit., p. 1004. Per gli amministratori, v. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 149 e ss., ove si segnala anche la non necessità della tesi più restrittiva alla luce della esigenza di tutela dei terzi, già assicurata dalla norma che contempla la salvezza dei diritti da loro acquistati in buona fede in base ad atti esecutivi della delibera annullata; SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., p. 757, per il quale il riferimento ad "ogni interesse", contenuto nell'art. 2391 c.c., renderebbe arbitrario seguire la tesi opposta; MOZZARELLI, *Art. 2391 c.c. Interessi degli amministratori*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, Milano, 2016, p. 1245.

⁹⁴ ENRIQUES, op. loc. ult. cit. Come si vedrà più avanti, peraltro, ci sembra che questa considerazione debba essere ridimensionata, atteso che la *ratio* della disciplina societaria del conflitto di interessi non risiede nell'esigenza di assicurare la rettitudine del votante, la sua assoluta equidistanza da interessi alieni, bensì nell'esigenza di evitare che la vita associativa sia sfruttata per l'estrazione di *private benefits*.

Occorre, tuttavia, ricordare che, affinché possa aversi un interesse giuridicamente rilevante, è pur sempre necessaria, oltre alla obiettiva rilevabilità sul piano sociale di cui s'è detto⁹⁵, anche la correlazione tra il soggetto ed un apprezzabile vantaggio particolare, circostanza che non consente di affermare con troppa disinvoltura la sufficienza di un interesse meramente morale⁹⁶.

⁹⁵ Con riguardo agli amministratori, significativa la soluzione adottata in Inghilterra nel *Company Law Act* del 2006, nelle cui *sec.* 175 e 177 al connotato della patrimonialità sopra riferito si accompagna quello della *materiality*, da intendersi quale ragionevole idoneità dell'interesse, se rivelato, ad influenzare i componenti del *board*. Per maggiori approfondimenti v. CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 122 e ss.

⁹⁶ Il discorso verrà ripreso in sede di esame della rilevanza dei rapporti familiari ai fini della sussistenza degli interessi per conto di terzi.

CAPITOLO II: L'INTERESSE “PER CONTO DI TERZI”

1 – La disciplina del codice di commercio del 1882. La introduzione della nuova norma.

L'espressione “*interesse per conto di terzi*” fu introdotta nel nostro ordinamento dal codice civile del 1942.

Come si è già anticipato, il testo dell'art. 150 del precedente codice di commercio del 1882⁹⁷ si limitava a considerare, nel quadro della disciplina del conflitto dell'amministratore, l'eventualità che quest'ultimo fosse stato portatore di un interesse contrario a quello della società, “*in proprio nome o come rappresentante di un altro*”.

Attraverso quest'ultimo richiamo era palese il parallelismo con la disciplina del contratto e, segnatamente, del contratto concluso con se stesso, nell'ambito della quale l'art. 1395 c.c si riferisce tuttora al soggetto che stipuli in rappresentanza di ambedue le parti.

In questo modo, dunque, sembrava che il legislatore avesse inteso far rientrare nel campo di applicazione della norma, al di là naturalmente dei casi di interesse detenuto in proprio, solo le ipotesi nelle quali l'amministratore fosse stato specificamente investito del potere di agire in nome di un terzo, circostanza alla quale si sarebbe con ogni probabilità accompagnato il dovere di agire per conto di quest'ultimo, con evidente deviazione dall'obbligo di perseguire il bene della società.

⁹⁷ Art. 150 codice di commercio 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*”.

In altri termini, in siffatte occasioni, l'amministratore, proprio come nel caso di rappresentanza di entrambe le parti contrattuali, avrebbe potuto curare l'interesse di una parte, solo sacrificando quello dell'altra⁹⁸.

Peraltro, già sotto la vigenza del codice di commercio del 1882, si erano affacciate in dottrina interpretazioni più estensive della norma: ci si riferisce, innanzitutto, alla riflessione dell'Asquini, secondo il quale l'art. 150 doveva ritenersi operante anche qualora l'amministratore avesse partecipato all'affare, *“oltre che come organo della società, anche come terzo o rappresentante o cointeressato di un terzo”*⁹⁹.

Si andava così chiaramente oltre l'ipotesi del contratto tra amministratore e società, attribuendosi rilievo anche a operazioni concluse esclusivamente tra quest'ultima e un terzo, rispetto al quale l'amministratore fosse stato *“cointeressato”*. Il riferimento alla situazione di cointeresse si presenta senz'altro di particolare importanza, atteso che sembra già riconoscersi la necessità di individuare una posizione di interesse sia in capo al terzo sia in capo all'amministratore.

Nel medesimo senso appariva orientato anche il Vivante, il quale nel 1928 scriveva: *“l'amministratore deve astenersi non solo quando vuole trattare colla società in nome proprio o in nome altrui, come dice espressamente la legge, ma anche quando è interessato nell'affare che altri vuole concludere colla società, come certamente è nel pensiero della legge. Infatti ciò che essa volle impedire non è l'uso formale dello stesso nome,*

⁹⁸ Secondo PUGLIESE, *Conflitto di qualità e di interessi e contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 169, anzi, se nel contratto con se stesso non può escludersi che vi sia un rappresentante tanto corretto da privilegiare l'interesse sociale rispetto al proprio, nel caso della doppia rappresentanza le criticità si presentano ben maggiori, in quanto il rappresentante *“o fa l'interesse dell'una o fa quello dell'altra, e così l'interesse o dell'una o dell'altra rimane sacrificato”*. Le assonanze tra l'art. 150 del codice di commercio del 1882 e la disciplina dell'autocontratto sono senz'altro alla base di quell'orientamento, oggi respinto, che tendeva a ricostruire il conflitto di interessi in termini di incompatibilità assoluta (v. *supra* pp. 11-12)

⁹⁹ ASQUINI, *Conflitto di interessi tra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee delle società per azioni*, cit., p. 652.

l'intervento della stessa persona come rappresentante di due opposti interessi, ma gli abusi che possono derivarne: e questi possono riescire più gravi quando si coprono col nome altrui"¹⁰⁰.

Secondo l'illustre Autore, pertanto, doveva superarsi la dimensione testuale della disposizione, per considerare, alla luce della *ratio* della norma, tutte le operazioni alle quali l'amministratore si fosse mostrato interessato, pur essendo un terzo la controparte della società: in altri termini, da queste affermazioni emergeva l'invito ad affrontare il problema del conflitto di interessi con un approccio sostanzialistico, in quanto il solo rinvio all'istituto della rappresentanza, se inteso in senso strettamente letterale, si sarebbe prestato a facili elusioni, lasciando sfinite di tutela situazioni di sicura pericolosità.

Avvertita l'esigenza di un rinnovamento della legislazione civilistica e commercialistica, proprio a Vivante fu assegnato il compito di redigere il primo Progetto di riforma, risalente al 1922. Quest'ultimo, all'art. 215 – la prima norma dedicata al conflitto di interessi del socio -, sostituiva il richiamo alla rappresentanza, contenuto nella norma precedente sull'amministratore, con la formula del *"prendere parte per conto proprio o di altri alle delibere"*¹⁰¹; successivamente, all'art. 207 del Progetto d'Amelio del 1925¹⁰², compariva per la prima volta l'espressione di *"interesse per conto proprio o di terzi"*, destinata a rimanere immutata

¹⁰⁰ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*, II, Milano, 1928, p. 294.

¹⁰¹ Art. 215 Progetto Vivante del 1922: *"Nessuno può prendere parte per conto proprio o di altri alle deliberazioni che riguardano un proprio interesse particolare o quello del proprio mandante"*. V. COMMISSIONE MINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLA LEGISLAZIONE COMMERCIALE, *Progetto preliminare per il nuovo Codice del Commercio*, Milano, 1922, p. 63.

¹⁰² Art. 207 Progetto d'Amelio 1925: *"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 derivassero alla società"*. V. COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI. SOTTOCOMMISSIONE B, *Codice del Commercio*, I Progetto, Roma, 1925, p. 75.

anche nel Progetto Asquini del 1940¹⁰³ e nella definitiva disposizione dell'art. 2373 del codice civile del 1942.

Ancora più chiaro fu il riferimento agli interessi “*per conto di terzi*” in relazione alla figura dell'amministratore, essendo questa locuzione apparsa fin dal Progetto Vivante del 1922¹⁰⁴ ed essendo essa confluita senza variazioni nell'art. 2391 del codice civile¹⁰⁵.

2 – Interpretazione della formula “*interesse per conto di terzi*”. La tesi di Minervini.

Nonostante due tra i più autorevoli artefici della nuova norma fossero orientati in senso ampio già sotto la vigenza del codice di commercio del 1882, dell'espressione “*interesse per conto di terzi*” è stata inizialmente preferita una interpretazione restrittiva.

Ci si riferisce, in particolare, alla prospettiva proposta dal Minervini, secondo il quale il predetto sintagma dovrebbe intendersi “*in senso tecnico*”, richiedendosi, ai fini dell'operatività della norma, l'esistenza di un rapporto di mandato tra il terzo, nelle vesti di mandante, e il votante, nelle vesti di mandatario¹⁰⁶.

A sostegno di questa ricostruzione, l'Autore invoca il disposto dell'art. 215 del Progetto Vivante del 1922, nel quale si vietava di prendere

¹⁰³ Art. 227 Progetto Asquini del 1940: “*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*”. V. MINISTRO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice Civile. Dell'impresa e del lavoro*, Roma, 1941, p. 94.

¹⁰⁴ Nel quale il conflitto di interessi degli amministratori era disciplinato dall'art. 201.

¹⁰⁵ La formula in esame era stata riprodotta anche dall'art. 192 del Progetto D'Amelio del 1925 e dall'art. 247 del Progetto Asquini del 1940.

¹⁰⁶ MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 317 e ss.

parte, per conto proprio o altrui, alle deliberazioni riguardanti “*un proprio interesse particolare o quello del proprio mandante*”¹⁰⁷.

In tal modo si sarebbe rintracciata, del resto, una linea di continuità con la norma precedente al codice civile del 1942, essendosi soltanto sostituito il riferimento al rappresentante con quello al mandatario, più chiaro nell’orientare l’attenzione dell’interprete sul concetto di agire per conto altrui.

Il Minervini dichiara espressamente di reputare pleonastico il richiamo all’interesse “*per conto di terzi*”, atteso che, nelle ipotesi di mandato, deve ritenersi che l’amministratore o il socio abbia già un interesse proprio ad agire in conformità all’accordo e ad evitare di incorrere in responsabilità per inadempimento¹⁰⁸.

In conclusione, la norma in esame non avrebbe innovato alcunché rispetto al passato, dal momento che i risultati appena menzionati costituirebbero espressione di principi generali, già consolidatisi anche con riguardo all’art. 1394 c.c., che, pur non contenendo una terminologia simile a quella degli artt. 2373 e 2391 c.c., per comune riconoscimento ricomprende i casi di conflitto di interessi per conto altrui.

La tesi testé esposta, per quanto abbia il merito di consentire una facile individuazione delle fattispecie rilevanti, è stata più di recente sottoposta a revisione critica.

Anzitutto, non risultano persuasive le argomentazioni di carattere storico.

¹⁰⁷ L’argomentazione potrebbe in ogni caso essere impiegata solo per la posizione del socio.

¹⁰⁸ Ancora MINERVINI, *Sulla tutela dell’interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 318. V. anche ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., pp. 155-156, in cui si riporta la tesi, non condivisa tuttavia dall’A., per la quale il riferimento all’interesse “*per conto terzi*” servirebbe ad introdurre una presunzione assoluta della sussistenza di un interesse proprio dell’amministratore che sia mandatario di un terzo; cfr. Cass. 30 dicembre 1954, n. 4366, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, p. 134.

Oltre alla circostanza dell'abbandono del termine "*rappresentante*", che potrebbe far pensare ad una precisa volontà innovatrice, del tutto inconferente appare la menzione del mandato contenuta nell'art. 215 del Progetto Vivante del 1922.

Come è stato notato, ai fini dell'interpretazione di quest'ultima disposizione è, infatti, indispensabile considerare il testo dell'art. 211 del medesimo Progetto, che prevedeva per i soci la possibilità di farsi rappresentare in assemblea da mandatari. Premesso ciò, si spiegava agevolmente il riferimento al mandato dell'art. 215, avendo voluto il legislatore vietare la partecipazione del socio interessato sia qualora egli avesse votato personalmente, sia qualora egli avesse votato mediante un mandatario¹⁰⁹. Con l'inciso sul mandato, si era quindi inteso pur sempre alludere ad un interesse per conto proprio del socio, sia pure manifestato attraverso l'intervento di un terzo mandatario cui fosse stata conferita delega di voto. A sostegno di quanto detto depone l'assenza di qualsivoglia richiamo al mandato nell'art. 201 del Progetto Vivante del 1922, che, in materia di conflitto di interessi degli amministratori, non ammetteva per questi la possibilità di delegare il potere di voto, al contrario di quanto disposto per i soci¹¹⁰.

A tale rilievo si è aggiunto che, qualora si dovesse aderire alla opinione qui criticata, l'interprete sarebbe costretto ad attribuire alle espressioni "*per conto proprio*" e "*per conto di terzi*" due significati diversi, non essendo possibile in alcun modo accostare la prima di esse all'istituto del mandato¹¹¹.

¹⁰⁹ Del resto, significativamente, nel testo dell'art. 215 il soggetto della proposizione è "*nessuno*", e non il socio, proprio perché il portatore dell'interesse di quest'ultimo avrebbe potuto essere un terzo mandatario.

¹¹⁰ GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 208 e ss.

¹¹¹ GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 211.

Sebbene per le ragioni appena evidenziate la tesi del Minervini non sia accoglibile¹¹², essa è stata recepita da una parte della dottrina, prevalentemente per il suo “*maggior rigore*”¹¹³, che consentirebbe di assicurare maggiore controllabilità in sede di attuazione.

Nella stessa direzione si colloca una parte della giurisprudenza¹¹⁴, che, in modo solo lievemente più largheggiante, circoscrive l’applicabilità della norma ai casi in cui il socio o l’amministratore sia titolare di uno specifico obbligo di agire per conto di un terzo, identificandone la fonte non solo nel mandato, ma anche in altri contratti caratterizzati da un agire per conto altrui in senso tecnico, quali ad esempio quello di lavoro subordinato o di agenzia.

3 – Il conflitto “*per conto di terzi*” come “*conflitto indiretto*”.

All’orientamento illustrato nel precedente paragrafo si accompagna sovente una tendenza a mitigarne le conseguenze restrittive attraverso una ricostruzione estremamente ampia della nozione di interesse “*per conto proprio*”. In questo ordine di idee è ad esempio l’Enriques, che, accolta la prospettiva del Minervini, ritiene peraltro che l’espressione “*interesse per conto di terzi*” serva soltanto a confermare la interpretazione già proposta per l’art. 150 del codice di commercio del 1882, per la quale l’interesse contrario ricorreva non solo nel caso in cui l’amministratore si fosse direttamente messo in relazione con la società, ma anche nel caso di

¹¹² Dimostra di non aderire ad essa, ad esempio, Cass. 23 marzo 1996, n. 2562, in *Foro it.*, 1997, VI, p. 1933, e in *Le società*, 1996, 10, p. 1146.

¹¹³ JAEGER P.G., *L’interesse sociale*, cit., p. 209, in particolare n. 62. Sembra però strano parlare di “*maggior rigore*”, se si considera che l’adesione alla tesi in oggetto lascia fuori dal conflitto di interessi svariate situazioni critiche.

¹¹⁴ Trib. Aosta 3 luglio 1971, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, p. 132; Trib. Ravenna 25 settembre 1984, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Società*, n. 364; Trib. Piacenza 12 gennaio 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, cit., p. 210; Trib. Catania 30 settembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, p. 890 e ss., con nota di NAZZICONE.

conflitto c.d. indiretto: anche sotto il nuovo codice, pertanto, bisognerebbe propendere per una applicazione sostanziale dell'art. 2391 c.c., non confinata alle sole ipotesi in cui l'amministratore sia controparte formale e sostanziale della società medesima¹¹⁵.

Più precisamente, l'Autore ricollega il termine "*interesse*" all'essere "*parte di una operazione*", in primo luogo in senso sostanziale e formale, e successivamente anche in senso solo sostanziale, per il caso in cui il negozio sia concluso mediante interposizione fittizia o reale di persona, nonché per il caso in cui il reale destinatario o beneficiario, sia pure indiretto degli effetti, sia (anche solo in parte) l'amministratore.

Sviluppando ulteriormente queste affermazioni, pare che nel pensiero dell'Enriques i conflitti di interesse "*per conto di terzi*" possano dirsi equivalenti ai c.d. "*conflitti indiretti*".

Questa conclusione, seppur spesso si sia riscontrata in dottrina e giurisprudenza, risulta per certi aspetti equivoca.

Andando indietro nel tempo alle prime disposizioni dedicate agli interessi degli amministratori, dopo l'entrata in vigore del codice di commercio del 1882 l'art. 6 del r.d.l. n. 1459 del 30 ottobre 1930 aveva esteso agli amministratori di società per azioni, sanzionando penalmente la sua violazione, il divieto, già previsto nella disciplina delle casse di risparmio¹¹⁶, di farsi concedere "*prestiti sotto qualsiasi forma, sia direttamente sia per interposta persona*", dalla società amministrata o da altra società sottoposta a controllo di quest'ultima o a comune controllo.

Orbene, l'accostamento disgiuntivo dell'avverbio "*direttamente*" e della formula "*per interposta persona*" autorizza ad individuare proprio

¹¹⁵ ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 154 e ss.

¹¹⁶ Dalla legge n. 5546 del 15 aprile 1888.

nel fenomeno della interposizione, fittizia o reale, il nucleo portante dei c.d. conflitti indiretti.

Una conferma di ciò emerge dall'esame dell'art. 38 del r.d.l. n. 375 del 12 marzo 1936 (convertito in legge n. 141 del 7 marzo 1938, c.d. legge bancaria)¹¹⁷, nel quale il termine “*indirettamente*” veniva sostituito alla espressione “*per interposta persona*”, senza che a tale variazione lessicale corrispondesse peraltro l'intenzione di determinare un mutamento del concetto di conflitto indiretto, in cui continuava ad avere un ruolo centrale il meccanismo della interposizione¹¹⁸.

In particolare, in caso di interposizione fittizia, si configura una simulazione soggettiva, essendo il negozio apparentemente concluso da un soggetto prestanome diverso dal reale contraente, da individuarsi nell'amministratore; nell'interposizione reale, invece, intercorre una relazione fiduciaria o di mandato senza rappresentanza fra il mandatario, che assume l'obbligazione in proprio, e il mandante, costituito dall'amministratore, al quale ultimo dovrebbe poi ritrasferirsi quanto acquisito dal mandatario.

In entrambi i casi, risulta necessaria la presenza di una persona fisica o giuridica interposta, che diviene strumento per il trasferimento dei risultati dell'affare all'amministratore, unico vero “*dominus negotii*”¹¹⁹; si

¹¹⁷ Precisamente, l'art. 38 della c.d. legge bancaria imponeva a carico degli amministratori, dei liquidatori, dei direttori e dei membri degli organi di sorveglianza delle aziende di credito, di cui all'art. 5 della legge stessa, il divieto di “*contrarre obbligazioni di qualsiasi natura*” e di “*compiere atti di compravendita, direttamente o indirettamente, con l'azienda*” amministrata, se non dietro conforme deliberazione all'unanimità del consiglio di amministrazione e dietro consenso dell'intero organo di sorveglianza. Sull'argomento, v. BATTAGLINI, *Sanzioni amministrative, disciplinari e penali nella nuova legge bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1938, I, p. 17 e ss.; LA VILLA, *Art. 38 della legge bancaria e obbligazioni contratte indirettamente*, in *Giur. comm.*, II, p. 1979, p. 641 e ss.

¹¹⁸ ROSSI G., *Sul significato dell'avverbio “indirettamente” nell'art 38 della legge bancaria*, in *Riv. Soc.*, 1979, p. 161 e ss., per il quale “*il significato dell'espressione indirettamente non può essere perciò riportato che all'interposizione di persona fittizia oppure reale*”. L'A. evidenzia come tale asserzione fosse allora pacifica in dottrina, rinviando a ALIBRANDI, *I reati bancari*, Milano, 1976, p. 73; RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma, 1975, p. 512 e ss.

¹¹⁹ ROSSI G., *Sul significato dell'avverbio “indirettamente” nell'art 38 della legge bancaria*, cit., p. 171.

tratterebbe, all'evidenza, di ipotesi di interesse "*per conto proprio*" dell'amministratore e non di terzi, essendo questi ultimi utilizzati soltanto come mero schermo per occultare il rapporto tra il primo e la società.

Più precisamente, infatti, nella interposizione fittizia la controparte della società è in realtà l'amministratore, dovendosi superare la situazione di apparenza; nell'interposizione reale, l'amministratore ha un chiaro interesse proprio, consistente nella esecuzione del mandato che egli stesso ha conferito al terzo, formale contraente.

Alla luce di queste premesse, non sembra opportuno allora risolvere integralmente la nozione di "*interessi per conto di terzi*" in quella di interessi indiretti, dovendosi ritenere che i problemi posti da questi ultimi siano già risolvibili attraverso un'appropriata applicazione di tradizionali istituti civilistici all'ipotesi di interesse per conto proprio¹²⁰.

Al riguardo, non potrebbero essere più esplicite le parole di Guido Rossi, ad avviso del quale "*i due comportamenti, quello «per conto di terzi» e quello «per conto proprio», per il quale ultimo l'imputazione dell'interesse è possibile solo ed esclusivamente nei confronti del soggetto agente, sono decisamente diversi e non debbono dunque essere tra loro confusi. Il significato poi dell'inciso «indirettamente» usato dalla legge è esattamente l'opposto di quello espresso con la locuzione «per conto altrui» poiché in quest'ultima l'interesse rilevante è quello del terzo,*

¹²⁰ Per la tesi qui criticata v., in giurisprudenza, Ord. Trib. Velletri 26 gennaio 1994, in *Società*, 1994, 6, p. 804 e ss., con nota di MORACE PINELLI, per la quale, in occasione di una deliberazione relativa alla proposizione di azione di responsabilità, è ritenuto portatore di interesse per conto del terzo amministratore il socio, figlio di quest'ultimo. Nella ordinanza, si attribuisce rilievo decisivo al fatto che la quota munita di diritto di voto era stata trasferita al votante a titolo gratuito e il giorno prima della data fissata per l'assemblea chiamata a deliberare. Da tali circostanze il giudice correttamente deduce la sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti "*in ordine alla natura simulata o comunque fiduciaria*" del predetto trasferimento di quota, arrivando però alla discutibile conclusione per cui in ciò si esprimerebbe l'interesse per conto di terzi.

*mentre nell'indirettamente l'interesse è solo del soggetto agente, sicché l'atto appartiene alla sfera dell'operare «per conto proprio»*¹²¹.

Conclusivamente, in relazione al problema che costituisce oggetto di analisi, per le osservazioni appena compiute e, segnatamente, per il significato che le è stato sempre attribuito nel nostro ordinamento, la formula di conflitto indiretto¹²² deve essere maneggiata con cautela, potendo al più essere intesa in un senso atecnico, comprensivo di tutte le situazioni di conflitto di interesse tra socio o amministratore e società che prevedano il coinvolgimento di soggetti terzi¹²³.

4 – Il richiamo al concetto di agire per conto altrui: la tesi di Gambino.

Altre ricostruzioni più estensive dell'interesse *“per conto di terzi”* sono state proposte negli ultimi anni.

Tra queste, va in primo luogo ricordata la posizione del Gambino per il quale tale riferimento andrebbe ricondotto alla *“situazione di interessi propria dell'agire per conto”*, occorrendo più precisamente riscontrare una

¹²¹ ROSSI G., *Sul significato dell'avverbio “indirettamente” nell'art 38 della legge bancaria*, cit., p. 170. L'A., a p. 164 e ss., critica fermamente due decisioni (Pret. Rieti 14 febbraio 1973, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1973, II, p. 300, e Pret. Milano 25 giugno 1976, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1976, II, p. 502) nelle quali erroneamente si era invocato l'art. 38 della legge bancaria, mentre sarebbe stato più corretto inquadrare la fattispecie nell'art. 2391 c.c. Si trattava, in particolare, di casi in cui l'amministratore di una banca ricopriva anche la qualità di consigliere di amministrazione di altra società alla quale la predetta banca aveva concesso un prestito; nella prima sentenza, il giudice individuò l'assunzione indiretta dell'obbligazione poiché l'amministratore aveva una *“partecipazione al capitale della società affidata ed entro i limiti di tale partecipazione”*; nella seconda si aggiunge alle medesime considerazioni che non è *“sufficiente ad escludere quella preminenza degli interessi [...] il fatto di avere uti singuli una piccola percentuale di azioni rispetto all'intero capitale della società: in proposito, ciò che rileva non è tanto il numero di azioni in sé, cioè in senso assoluto, bensì il collegamento che di fatto il possesso di tali azioni consente con gli altri azionisti al fine di influenzare più o meno direttamente le decisioni della società”*. Va, infine, precisato che l'applicazione dell'una o dell'altra norma non si presentava indifferente, atteso che, diversamente dell'art. 38 della legge bancaria, l'art. 2391 c.c. non prevedeva – né prevede attualmente – alcun divieto di compimento di certi atti, imponendo, invece, una disciplina procedimentale riferibile ad un numero indeterminato di operazioni.

¹²² Che si riscontra, di recente, ad es. in CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 127 e ss. con riferimento agli interessi *“per conto di terzi”*.

¹²³ Va riconosciuto che proprio in questa accezione è comunemente interpretato l'avverbio *“indirectly”*, ricorrente nell'ordinamento inglese e statunitense.

“specifica relazione tra il votante e il terzo, che conduca alla deviazione del risultato dell’attività a favore del terzo” e non essendo, invece, indispensabile “un conferimento di incarico”¹²⁴.

La definizione appena riportata ha certamente il merito di dare uno specifico contenuto normativo all’espressione oggetto di esame, in chiara contrapposizione con il Minervini che, al contrario, finisce per renderla totalmente priva di utilità¹²⁵. L’area di rilevanza giuridica non viene infatti circoscritta ai casi in cui l’operato del socio o dell’amministratore vantaggioso per il terzo si accompagni ad uno specifico incarico, come nel mandato, ma comprende anche ipotesi in cui l’agente operi nell’interesse altrui per adempiere ad un obbligo giuridico derivante dalla legge, come nella rappresentanza legale dei genitori, o per adempiere ad una liberalità, come nella gestione di affari altrui¹²⁶.

La prospettiva del Gambino si presenta invero problematica, nella misura in cui si fonda sull’ “*agire per conto altrui*”.

Anzitutto, secondo una parte della dottrina, questo concetto non apparirebbe esaustivo, in quanto il voto del socio o dell’amministratore, determinando esclusivamente come conseguenza atti imputabili alla società, non produce alcun risultato nella sua personale sfera, che sia

¹²⁴ GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 208 e ss.

¹²⁵ V. *supra* p. 44, n. 108.

¹²⁶ Così interpreta il pensiero di Gambino il PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 423 e ss., che, pur reputando non risolutivo il ricorso alla nozione dell’agire per conto, ne riconosce l’utilità, poiché essa consentirebbe di distinguere sul piano della causa le varie ipotesi di interesse per conto di terzi. Il richiamo alla *negotiorum gestio* compiuto dall’A. si presenta peraltro alquanto oscuro, essendo difficilmente realizzabile che un soggetto, assunta spontaneamente la cura dell’interesse di altri, rimasto inerte, possa gestire l’affare alieno attraverso l’esercizio del suo diritto di voto in assemblea o partecipando alle riunioni consiliari. Si potrebbe ritenere che il Preite abbia inteso alludere ad una situazione in cui il votante agisce per conto altrui in assenza di obbligo giuridico, rendendo genericamente il conto a terzi in virtù di un obbligo meramente sociale: in tal modo, si raggiungono esiti assimilabili a quelli delle tesi della “*influenzabilità*” e della “*sensibilità*”, per le quali v. *infra*.

suscettibile di essere “*deviato*” a favore di un terzo per conto del quale si agisca¹²⁷.

A tale obiezione altra dottrina, con specifico riguardo all’art. 2391 c.c., ha risposto operando una distinzione tra la prestazione gestoria che l’amministratore adempie nei confronti della società e il risultato economico-pratico di essa, che potrebbe sicuramente essere deviato a favore del terzo, senza che a quest’ultimo debbano imputarsi formalmente gli effetti giuridici dell’attività di amministrazione, i quali rimangono riferibili alla sola società¹²⁸.

Anche a voler seguire questa strada, il richiamo all’agire per conto altrui non appare sufficiente a spiegare compiutamente in cosa consista l’interesse “*per conto di terzi*”.

In effetti, nelle disposizioni dell’art. 2373 e dell’art. 2391 c.c., il legislatore non sembra voler instaurare inequivocabilmente un collegamento con la nozione civilistica sopra richiamata, poiché ciò che espressamente si richiede non è che il socio o l’amministratore “*agisca*” per conto di terzi, bensì che egli “*abbia interesse per conto di terzi*”. A seguire la strada qui criticata, non si effettuerebbe alcuna indagine sulla sussistenza di un interesse del votante, che assumerebbe esclusivamente il ruolo di mero strumento per il trasferimento di vantaggi al terzo – unico beneficiario dell’operazione -, in maniera contraria al dato letterale e, soprattutto, alla *ratio* della disciplina.

¹²⁷ PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 425.

¹²⁸ CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 130, ove viene sottolineato il carattere pacifico di tali approdi in tema di mandato, nell’ambito del quale è possibile una dissociazione tra prestazione gestoria, diretta al mandante, e bene o vantaggio conseguito, destinato al terzo. Sul punto, si richiamano NUZZO M., *Il mandato conferito nell’interesse altrui*, Milano, 2003, p. 196, che evidenzia come la predetta dissociazione divenga elemento peculiare del rapporto nel caso di mandato stipulato anche nell’interesse di un terzo (*ex art. 1723, II comma, c.c.*); PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, cit., p. 115, per cui, in particolare, è possibile distinguere l’interesse giuridico del mandante e l’interesse economico, che può appartenere anche al mandatario o a terzi, a profittare dei vantaggi derivanti in modo riflesso dall’affare concluso per conto del mandante.

Del resto, se si dovesse aderire al parallelismo del Gambino, a rigore, solamente a decisione già assunta¹²⁹ si potrebbe affermare la sussistenza o meno di un interesse “*per conto di terzi*”, perché solo allora sarebbe possibile verificare se vi sia stato un operato per conto altrui¹³⁰, e ciò indubbiamente contrasterebbe con l’esigenza, già da tempo avvertita, di riferire la valutazione relativa ai requisiti di applicazione della disciplina al momento precedente alla adozione della delibera assembleare o consiliare¹³¹.

Quest’ultimo punto deve essere mantenuto fermo dopo la riforma del 2003, nonostante la circostanza sia dibattuta, attesa l’esistenza di un orientamento che ammette anche un riscontro del conflitto di interessi *ex post*¹³².

Nel senso di una valutazione solo *ex ante* depone oggi anche il decreto legislativo n. 72 del 12 maggio 2015.

¹²⁹ A meno che, con la “*situazione di interessi propria dell’agire per conto*”, Gambino non intenda riferirsi al caso in cui, *al tempo dell’adozione della decisione*, il soggetto sia orientato a deviare i risultati dell’atto ad un terzo, senza aver ricevuto incarico in tal senso. Se così fosse, gli esiti si avvicinerebbero ancora una volta a quelli della dottrina di cui al paragrafo successivo.

¹³⁰ Che la sussistenza di un interesse per conto di terzi possa, in questo ordine di idee, essere verificata solo *ex post* è, almeno implicitamente, accettato anche da PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 127, nella misura in cui ricollega l’espressione “*a qualsiasi operato, provabile con ogni mezzo, del socio nell’interesse di un terzo*”.

¹³¹ Per la valutazione del conflitto solo *ex ante*, in base a indici preesistenti alla decisione, v., quanto ai soci, JAEGER P.G., *L’interesse sociale*, cit., pp. 208-209; MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 448 e ss.; in tal modo sembrano orientati anche MINERVINI, *Sulla tutela dell’interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 316; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 198 e ss; MELI, *Art. 2373 c.c. Conflitto di interessi*, cit., pp. 1001-1002; in giurisprudenza, Trib. Milano 20 gennaio 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 237, con nota di DACCÒ, nella quale il giudice ricollega il conflitto ad una situazione di fatto reale e preesistente rispetto alla violazione; *idem* Cass. 11 marzo 1993, n. 2958, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 311; cfr. anche Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387. Per gli amministratori, GRAZIANI, *Diritto delle società*, V, Napoli, 1963, p. 380; WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 338 e ss.; v. anche ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 188 e ss., nella parte in cui afferma che “*deve essere prevedibilmente certa, nel momento in cui l’operazione è deliberata, la lesione dell’interesse sociale, senza che occorra che quest’ultima effettivamente si produca*”.

¹³² In dottrina, per il socio, GRIPPO, *L’assemblea*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, vol XVII, Milano, p. 389; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992, p. 506; ROVELLI, *Conflitto d’interessi nelle delibere assembleari*, in *Le società*, 11, 1992, p. 1212; in giurisprudenza, Cass. 8 maggio 1992 n. 5498, in *Le società*, 8, 1992, p. 1066.

Il recente provvedimento ha in particolare modificato l'art. 53, IV comma, del decreto legislativo n. 385 dell'1 settembre del 1993 (c.d. T.U.B.) e introdotto un nuovo comma *2-novies* nell'art. 6 del decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio del 1998 (c.d. T.U.F.), disponendo che i soci e gli amministratori di imprese bancarie ed intermediari autorizzati si astengono dalle deliberazioni in cui abbiano un interesse in conflitto, per conto proprio o di terzi.

A differenza di quanto si è visto in sede di analisi dell'originario primo comma dell'art. 2373 c.c.¹³³, le norme appena menzionate impongono un effettivo divieto di partecipazione alle decisioni, come conferma in modo indiscutibile la previsione, rispettivamente all'art. 144-*sexies* del T.U.B. e all'art. 190 del T.U.F., di sanzioni amministrative per l'eventuale violazione del predetto divieto¹³⁴.

Orbene, non si vede come questo meccanismo possa funzionare, senza la individuazione preventiva del rapporto tra interesse sociale e interessi, per conto proprio o di terzi, di cui i soci o gli amministratori si dimostrino portatori rispetto ad una specifica decisione da assumere. Se si dovesse ritenere possibile una ricostruzione del conflitto effettuata *ex post* e in concreto, le previsioni sopra menzionate consentirebbero di sanzionare coloro che, ad operazione compiuta, risultino aver agito in modo favorevole al terzo. In questo modo, peraltro, si giungerebbe alla inaccettabile conclusione di sottoporre a misure *lato sensu* punitive dei soggetti che non hanno avuto la possibilità di sapere in anticipo se la loro posizione avrebbe integrato il presupposto del divieto.

¹³³ v. *supra* p. 10.

¹³⁴ In questi casi, pertanto, dovrebbe conseguire un potere del presidente dell'assemblea o del consiglio di amministrazione di escludere dal voto il membro interessato. Si noti, inoltre, che, allo scopo di non ingessare eccessivamente l'operato degli amministratori, l'obbligo di astensione di questi è limitato alla circostanza che essi siano portatori di un interesse per conto proprio o di terzi in conflitto con quello sociale, fermo restando, tuttavia, alla luce dell'art. 2391 c.c. espressamente fatto salvo, l'obbligo di dare notizia di ogni interesse.

Le nuove norme del Testo Unico Bancario e del Testo Unico della Finanza autorizzano a procedere ad alcune considerazioni di sistema.

Il fatto che il legislatore abbia ricollegato il dovere di astensione solo alla esistenza del conflitto di interessi tra il socio o l'amministratore e la società evidenzia in modo chiaro che nelle fattispecie configurate dagli artt. 2373 e 2391 c.c. l'elemento del conflitto deve essere tenuto distinto da quello del danno potenziale.

Sotto questo punto di vista, tuttavia, si è registrata spesso, sia in dottrina¹³⁵ sia soprattutto in giurisprudenza¹³⁶, una tendenza a sovrapporre i due profili, con il risultato di ritenere insussistente il conflitto di interessi perché, per le caratteristiche con cui si è manifestata, l'operazione non si è rivelata dannosa per il patrimonio sociale¹³⁷. Nonostante questo

¹³⁵ In dottrina, individua nel danno potenziale il “perno concettuale” dell'istituto del conflitto di interessi GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 181 e ss.; ID., *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 182, ove si afferma che “il requisito del danno potenziale, da condizione esterna di rilevanza di una contrapposizione di interessi in sé apprezzabile” assurge “a elemento strutturale della fattispecie, dal quale dipende la configurabilità in senso giuridico del conflitto”.

¹³⁶ Ciò è accaduto, in particolare, in relazione alle delibere assembleari di determinazione del compenso degli amministratori, approvate con il voto dei soci-amministratori. V., ad esempio, Trib. Milano 20 marzo 1980, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 396, con nota di JAEGER P.G., *Determinazione del compenso dell'amministratore e conflitto d'interessi*; Trib. Milano 5 marzo 1984, in *Società*, 1984, p. 1003, ove si legge che “nell'assemblea convocata per deliberare sull'aumento del compenso degli amministratori, può votare il socio amministratore perché il suo interesse alla deliberazione non è necessariamente in conflitto con quello della società, il quale (interesse) è anzi soddisfatto anche da un aumento del compenso predetto, proprio per il carattere di incentivo al lavoro degli amministratori, che può produrre un incremento del reddito della società”. Analogamente, Trib. Milano 17 settembre 1987, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 797, con nota critica di JAEGER P.G., *Ancora sulla determinazione del compenso degli amministratori in conflitto di interessi, commisurazione al “fatturato”, principio di “ragionevolezza”*, nella quale il giudice aggiunge che gli interessi possono essere confliggenti tra loro “quando il compenso preteso dall'amministratore appaia, in concreto, sproporzionato, oltre il limite della ragionevolezza, all'attività prestata o da prestare in favore della società”. Nello stesso senso delle sentenze criticate, v. anche Trib. Milano 29 giugno 1989, in *Società*, 1989, p. 1285; App. Milano 5 gennaio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 739; Cass. 21 marzo 2000, n. 3312, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1953; Trib. Roma 11 marzo 2005, in *Foro it.*, 2006, p. 293 e ss.; cfr. anche Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 811, relativamente alla quale SANTAGATA, *Interlocking directorates ed “interessi degli amministratori” di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 314 e ss., scrive che “la direzione di marcia indicata dalla Cassazione è quindi nel senso che la compatibilità dell'interesse sociale con l'interesse del gruppo non può assumersi aprioristicamente, ma deve costituire oggetto di valutazione casistica ex post”.

¹³⁷ Tale argomentazione ha avuto un certo successo, prima della riforma, nell'ambito dei gruppi di società, ove l'incorporazione dell'estremo del danno nel conflitto veniva utilizzata per escludere l'esistenza di conflitto tra l'interesse di una società del gruppo medesimo e quello della holding o di un amministratore da questa influenzato, allorquando vi fossero stati dei vantaggi compensativi del danno,

orientamento sia stato sottoposto a revisione critica da parte di altra dottrina¹³⁸ e appaia infondato alla luce delle novità normative appena descritte, esso finisce, quasi inavvertitamente, per essere riproposto da quanti¹³⁹ aderiscono alla tesi per cui la valutazione del conflitto di interessi potrebbe essere effettuata anche nell'ottica *ex post*, tenuto conto dell'incidenza che l'interesse ha avuto sulle condizioni dell'operazione. Invero, far dipendere l'esistenza del conflitto da riflessioni di tal fatta¹⁴⁰ determina una sovrapposizione con l'indagine relativa al danno, che, invece, costituisce un aspetto autonomo della fattispecie normativa, diversamente da quanto accade nella disciplina della rappresentanza di cui all'art. 1394 c.c., dove, nell'assenza di una esplicita menzione del pregiudizio, quest'ultimo è recuperato attraverso una interpretazione "sostanzialistica" del conflitto di interessi¹⁴¹.

con ciò aggirandosi l'applicazione degli artt. 2373 e 2391 c.c.: così MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 e ss., che, però, coerentemente, prospetta una valutazione *ex ante* del danno potenziale, alla data della assunzione della delibera.

¹³⁸ Nei casi relativi ai compensi degli amministratori, sembra ragionevole ritenere che ciò che impedisce l'annullamento della delibera non è l'assenza di un contrasto di interessi, bensì il difetto del danno (almeno fin quando il compenso non diventi esagerato), e di questo avviso è, oltre JAEGER P.G., *Ancora sulla determinazione del compenso degli amministratori in conflitto di interessi, commisurazione al "fatturato", principio di "ragionevolezza"*, cit., pp. 800-801, anche PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 449.

¹³⁹ Ci si riferisce precisamente a CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 34 e ss. e, in specie, p. 38. L'A., peraltro, rifiuta formalmente la coincidenza di danno e conflitto di interessi (v., sul punto, pp. 46-47).

¹⁴⁰ Va incidentalmente precisato che non può di certo dimostrarsi l'assunto della valutazione *ex post* argomentando dalla non annullabilità della decisione ove il socio o l'amministratore abbia votato contro l'operazione per sé favorevole: in tal caso, infatti, non il conflitto manca, bensì l'assunzione della decisione con il contributo determinante del votante.

¹⁴¹ Alla dottrina e alla giurisprudenza formatasi sul contratto concluso dal rappresentante si rifà, del resto, prevalentemente CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 37, ove richiami a MINERVINI, *Il conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante nella recente codificazione*, in *Arch. giur.*, 1946, p. 146; DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, p. 213. La dottrina civilistica, in particolare, rileva che l'annullamento del contratto concluso in conflitto di interessi dal rappresentante non esige la prova del danno concretamente sofferto dal rappresentato, ma che la situazione di interesse abbia influenzato il contenuto negoziale in senso peggiorativo: così GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2015, p. 495; cfr. BIANCA C.M., *Il contratto. Diritto Civile*, III, Milano, 2000, pp. 96-97 (in specie, n. 92). In giurisprudenza, il conflitto di interessi del rappresentante è reputato esistente allorché quest'ultimo, anziché tendere alla tutela degli interessi del rappresentato, persegua interessi propri o di terzi, incompatibili con quelli del rappresentato, in modo tale che all'utilità

Si aggiunge, pertanto, una ragione per continuare a richiedere una verifica *ex ante*, che oltretutto è l'unica in grado di assicurare operatività alla possibilità di astensione volontaria sia del socio sia dell'amministratore, quale strumento per evitare di esercitare influenza sull'organo decidente e di incorrere, altresì, in responsabilità¹⁴².

In conclusione, la teoria del Gambino, per come ricostruita, concentrandosi sulla valutazione dell'operato dell'agente, si accontenta della circostanza che un soggetto abbia agito in modo vantaggioso per un terzo, ma ciò - oltre a non essere decisivo in quanto non chiarisce se il votante sia titolare di un interesse - permette al più di applicare il rimedio dell'annullamento della decisione, trascurando gli ulteriori versanti della disciplina degli interessi.

Ad ogni modo, la tesi su esposta, pur con i suoi limiti, testimonia, come quella di Minervini, l'esigenza di selezionare gli interessi di terzi dotati di rilevanza attraverso l'impiego di collaudati concetti civilistici. In altri termini, l'insistenza sull'obbligo giuridico di cura dell'interesse altrui o sulla gestione per conto altrui costituisce l'espressione di una preoccupazione della dottrina di "*contenere*" la portata espansiva della disciplina, in particolare dopo che il testo dell'art. 2391 c.c. è stato riformato con l'introduzione, a carico dell'amministratore, di un generale obbligo di comunicare qualsiasi interesse di cui egli sia portatore, anche se non in conflitto con quello sociale.

conseguita o conseguibile dal rappresentante, per sé o per terzi, segua o possa seguire un danno per il rappresentato: così, per tutte, Cass. 8 marzo 2017, n. 5794.

¹⁴² Il tema assume notevole importanza, in quanto gli spazi in cui non è possibile l'utilizzazione di rimedi invalidatori possono, specialmente in questo specifico campo del diritto societario, essere efficacemente coperti dal risarcimento del danno. Quest'ultimo può interessare anche la posizione del socio, come è stato negli ultimi tempi ritenuto dalla dottrina. V., sul punto, l'esauriente opera di GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit.

5 – Ultimi sviluppi. La tesi della sensibilità e quella dell'influenza.

Una corrente di pensiero si è di recente mossa sulle orme del Gambino, per cercare di precisare ulteriormente la nozione di interessi per conto di terzi.

Va preliminarmente evidenziato che, sul piano metodologico, si è ritenuto di doversi prescindere dal richiamo alla nozione di agire per conto altrui, per rivolgere integralmente l'attenzione alla relazione tra il votante e il terzo¹⁴³.

Il nucleo essenziale delle tesi riconducibili a questo filone interpretativo può essere riassunto nell'affermazione per cui, al fine della integrazione della fattispecie oggetto di esame, occorrerebbe accertare se esista un rapporto tra il terzo e il votante, tale da far ritenere che il secondo sia indotto a favorire il primo in assemblea o nell'esercizio della funzione amministrativa, sacrificando l'interesse sociale¹⁴⁴.

Si è, altresì, precisato che il legame non deve avere necessariamente carattere giuridico¹⁴⁵, assumendo rilievo a tal proposito relazioni

¹⁴³ V. soprattutto la elaborazione di NAZZICONE, *Note minime sul conflitto di interessi per conto di terzi*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 896 e ss.; EAD., *Art. 2391*, in NAZZICONE-PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli nella società per azioni*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2010, pp. 228-229. La prospettiva è poi ripresa da CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 132 e ss. e pp. 289-297.

¹⁴⁴ Così, in particolare, NAZZICONE, *Note minime sul conflitto di interessi per conto di terzi*, cit., p. 898. Ancora più netta la posizione di M.T. CIRENEL, *Art. 2373, Conflitto di interessi*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società diretto da F. d'Alessandro*, vol. II, tomo I, Padova, 2010, pp. 780-781, per la quale "il conflitto per conto di terzi sussiste, invece, nelle ipotesi in cui il voto sia diretto alla realizzazione dell'interesse di un terzo in contrasto con l'interesse sociale, anche in mancanza di un preciso obbligo giuridico in tal senso": per i termini in cui è formulata, la definizione desta perplessità, in quanto sembra presupporre l'intenzione del socio di favorire il terzo. Così, in giurisprudenza, di recente Ord. Trib. Brescia. 11 febbraio 2017, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it, per la quale i vincoli di solidarietà o la comunanza di interessi tra rappresentante e terzo possono comunque ritenersi indizi che consentono al giudice di merito di ritenere, secondo l'*id quod plerumque accidit* ed in concorso con altri elementi, il "proposito", "l'intento" dell'agente di favorire il terzo: la soluzione è espressamente fondata dal giudice su argomenti tratti dalla disciplina del conflitto di interessi del rappresentante, di cui all'art. 1394 c.c. Sull'opportunità di affrontare il tema del conflitto di interessi nel diritto societario attraverso le stesse categorie del diritto contrattuale, come si è visto, è lecito avanzare alcune riserve.

¹⁴⁵ Il che avvicinerebbe la tesi in discorso a quella del Minervini: così pare orientata SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 776, che, nell'ambito di una riflessione condotta con riguardo ai gruppi di società, individua un interesse per conto di terzi in capo

eterogenee, sotto il profilo della fonte, che potrebbe essere negoziale (come nel mandato, nel patto di voto, nella fiducia, nella prestazione di lavoro, nell'ipotesi di cui all'art. 1381 c.c.) o legale (come nel rapporto genitori-figli o nel rapporto tra coniugi); sotto il profilo della causa, che potrebbe essere patrimoniale (come nel caso dello scambio o della liberalità) o non patrimoniale (in specie familiare); sotto il profilo della natura dell'ordinamento di iniziale rilevanza (rapporto giuridico o socio-economico); infine, sotto il profilo della situazione passiva ravvisabile in capo all'agente nei confronti del terzo (obbligazione, come nel mandato; potere funzionale, come nella cura dei minori; situazione priva di rilievo giuridico, come nei rapporti di amicizia)¹⁴⁶.

Alla luce di queste considerazioni, l'espressione "*per conto di terzi*" non sarebbe pertinente, risultando anzi superflua, qualora tra il socio o l'amministratore e il terzo intercorresse un rapporto obbligatorio avente ad oggetto il voto o la realizzazione di interessi direttamente o indirettamente influenzati dagli effetti del voto. In tali casi dovrebbe parlarsi più propriamente di interesse per conto proprio, consistente nella specie nell'interesse a non incorrere in responsabilità per inadempimento dell'obbligazione assunta verso il terzo¹⁴⁷.

all'amministratore di una società che sia al contempo dipendente della capogruppo o in capo all'amministratore di una società che sia stato direttamente nominato dalla capogruppo in virtù di un patto o di una clausola che attribuisca diritto di nomina extra-assembleare.

¹⁴⁶ Così, testualmente, ancora NAZZICONE, *Note minime sul conflitto di interessi per conto di terzi*, cit., p. 901; le stesse parole sono pedissequamente riprese, in giurisprudenza, in Ord. Trib. Napoli 15 novembre 2005, in *RDS*, 2007, 3, p. 83 e ss. Anche per CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 133, il carattere non giuridico del rapporto non è un fattore ostativo alla configurabilità di un interesse per conto di terzi.

¹⁴⁷ PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, cit., pp. 425-426; ID., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., pp. 124-125, in cui l'A. ritiene che vi sia interesse "*per conto proprio*" ogni volta che "*il socio abbia un rapporto giuridico con il terzo, tale per cui la direzione del suo voto può avere un effetto pregiudizievole per il socio come conseguenza del rapporto stesso*", ivi inclusa l'ipotesi della promessa del fatto del terzo di cui all'art. 1381 c.c.

Ferme queste premesse, una parte della dottrina ha ritenuto che la questione degli interessi per conto di terzi debba essere risolta verificando se il soggetto chiamato ad esprimere il suo voto sia “*sensibile*” agli interessi di un terzo¹⁴⁸.

Secondo un'altra versione, invece, ciò che dovrebbe essere riscontrato è se il terzo sia in grado, alla luce della richiamata relazione, di esercitare un'influenza notevole sul votante, tale da comprometterne l'autonomia di giudizio. Più precisamente, il giudizio sulla sussistenza di un interesse per conto di terzi andrebbe articolato in due fasi: in un primo momento, si tratterebbe di individuare una relazione qualificata¹⁴⁹ tra i due soggetti, mentre, in secondo luogo, bisognerebbe accertare se questa sia idonea a condizionare il procedimento decisorio¹⁵⁰.

Non esisterebbero, peraltro, per nessuna delle due predette ricostruzioni, relazioni idonee *ex se* e in maniera ineluttabile a fondare una situazione di interesse per conto di terzi, anche perché, a ragionare diversamente, si correrebbe il rischio di applicare la disciplina del conflitto di interessi in maniera meccanica, anche eventualmente in presenza di situazioni non meritevoli di considerazione normativa.

È evidente, infatti, una volta accantonato il concetto di agire per conto altrui, il pericolo di una applicazione incontrollata del rimedio reale, ed è per tale ragione che l'accertamento andrebbe condotto tenendo conto di tutte le particolarità del caso concreto.

¹⁴⁸ È questa, in definitiva, la posizione di NAZZICONE, in NAZZICONE-PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli nella società per azioni*, cit., p. 229.

¹⁴⁹ Insiste sul carattere qualificato della relazione anche GUIZZI, *Commento all'art. 2391*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, II, cit., pp. 662-663, che peraltro non impiega espressamente il concetto di influenza.

¹⁵⁰ CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 292 e ss.: la riflessione è espressamente riferita agli amministratori, ma pare estensibile anche ai soci, non essendoci, sotto il profilo dell'interesse personale, differenze tra le due fattispecie.

Sebbene apprezzabili per lo sforzo argomentativo, entrambi gli orientamenti esaminati sembrano esporsi ad alcune obiezioni difficilmente superabili.

La prima tesi ha certamente il merito di aver posto in luce la situazione di “*cointeressenza del terzo e dell’agente*”, per la quale l’interesse estraneo è condiviso di fatto dal votante¹⁵¹. Se pure quest’ultimo è titolare di un interesse, non è, però, precisato in cosa consista la specifica natura del suo interesse per conto di terzi e in cosa debba essere individuata la differenza rispetto all’ipotesi di interesse per conto proprio, anch’essa caratterizzata da una tensione del votante verso un risultato determinato (o da una relazione con esso).

Occorre poi chiedersi quando potrà dirsi accertata la sensibilità del socio o dell’amministratore agli interessi del terzo, che nel discorso in esame dovrebbe incarnare la cointeressenza.

Scartata la eventualità di analisi della sfera psicologica, si è tentato di rispondere all’interrogativo attraverso un appello al sapiente utilizzo dei meccanismi presuntivi: vari elementi potrebbero associarsi alla relazione che, evidentemente, non è da sola sufficiente a configurare un interesse per conto di terzi¹⁵².

Le difficoltà si ripropongono, tuttavia, quando si tratta di precisare quali possano essere questi ulteriori elementi. Sul punto, in una ordinanza che si muove esattamente nella prospettiva esaminata¹⁵³ si attribuisce rilievo al fatto che le quote siano state acquistate dai votanti in circostanze sospette o al fatto che i soci abbiano assecondato in passato le decisioni del padre amministratore con riguardo alla conduzione degli affari sociali. Tale

¹⁵¹ Così, NAZZICONE, *Note minime sul conflitto di interessi per conto di terzi*, cit., p. 901.

¹⁵² NAZZICONE, op. loc. ult. cit.

¹⁵³ Ord. Trib. Napoli 15 novembre 2005, cit., p. 84.

corredo indiziario autorizzerebbe a dire che il soggetto si è spesso lasciato influenzare¹⁵⁴ da un terzo nell'esercizio del suo voto.

La sensibilità, pertanto, pare risolversi nello strumento necessario per verificare se vi sia, in concreto, il pericolo¹⁵⁵ di un voto orientato a favorire il terzo o, in altri termini, di un voto “*in funzione dell'interesse altrui*”, per utilizzare le parole di una delle rare sentenze della Cassazione in tema di interesse per conto di terzi¹⁵⁶. Il riscontro di questo si traduce in un giudizio circa la possibilità (o forse la probabilità) che il soggetto voti in modo favorevole per il terzo, con il rischio di danno alla società. Questo, peraltro, non sembra implicare che l'agente sia interessato – come pure la norma richiede – ad un atto vantaggioso per il terzo¹⁵⁷.

Non è affatto da escludere che nella realtà si prospettino casi in cui un soggetto sia orientato a votare – anche in via preventivamente manifesta - in modo vantaggioso per il terzo, senza peraltro essere personalmente interessato alle sorti di quest'ultimo.

Può immaginarsi, ad esempio, la vicenda di un socio che, in una conversazione scritta, riveli ad un altro socio che nella riunione assembleare della settimana successiva voterà a favore di una certa delibera relativa al compimento di un affare con un terzo. Che dalla predetta operazione si attenda un vantaggio anche il terzo, oltre la società, è una circostanza naturale. Non si vede per quale ragione la decisione societaria – in ipotesi risultata potenzialmente dannosa - dovrebbe essere annullata per il solo fatto che un socio abbia esternato prima della riunione assembleare la direzione del proprio voto, che potrebbe fondarsi su valutazioni legittime

¹⁵⁴ Si mostrano evidenti qui i margini di sovrapposizione tra la tesi della sensibilità e quella della influenzabilità.

¹⁵⁵ NAZZICONE, *Note minime sul conflitto di interessi per conto di terzi*, cit., p. 900.

¹⁵⁶ Cass. 23 marzo 1996, n. 2562, in *Foro it.*, 1997, I, p. 1933, con nota di NAZZICONE, e in *Le società*, 1996, 10, p. 1146 e ss., con nota di TERENCE.

¹⁵⁷ Ed infatti, tornando al caso di cui a p. 61, n. 153, ciò che risulta argomentato nella ordinanza è solo il rischio che i soci votassero a favore del terzo, non che essi avessero un *interesse* ad avvantaggiare il terzo.

sul futuro societario non riconducibili al fenomeno del conflitto di interessi (ad esempio, la convinzione circa il positivo effetto della collaborazione con quel terzo).

In tal modo il conflitto di interessi rischierebbe di essere trasformato in uno strumento per rimettere in discussione le delibere dannose, per di più di dubbia efficacia, visto che sia nell'art. 2373 c.c. sia nell'art. 2391 c.c. è prevista la salvezza dei diritti acquistati, in virtù di atti esecutivi della delibera stessa, dai terzi di buona fede, che difficilmente potrà escludersi in presenza di situazioni di interesse oggettivamente non conoscibili dall'esterno, come quelle di cui all'esempio precedente.

Nonostante tutti i rilievi formulati, la tesi fondata sulla sensibilità ha ricevuto l'avallo della Cassazione, che l'ha richiamata ad esempio nel 2013, con una sentenza¹⁵⁸ a dire il vero piuttosto apodittica. Nella fattispecie oggetto di giudizio, una società (poi dichiarata fallita), per il tramite del suo amministratore unico, aveva prestato delle fideiussioni a favore di altre società del gruppo cui apparteneva la stessa garante e, soprattutto, a favore del socio di maggioranza delle stesse: il Supremo Collegio dimostra di condividere la osservazione della Corte d'Appello di Messina¹⁵⁹, per la quale l'interesse del socio di maggioranza, favorito dal rilascio della fideiussione, era stato “*sentito come proprio dall'amministratore*” della garante¹⁶⁰. Nessuna attenzione è dedicata alle ragioni per le quali quest'ultimo dovrebbe reputarsi sensibile all'interesse del terzo, anche se pare che ciò sia stato desunto automaticamente dalla

¹⁵⁸ Cass. 10 ottobre 2013 n. 23089, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it.

¹⁵⁹ App. Messina 21 marzo 2008, inedita.

¹⁶⁰ Analogo riferimento all'interesse altrui “*sentito*” dal votante, in Trib. Bari 13 ottobre 2008, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it.

riconducibilità dell'amministratore al "gruppo di comando" delle società coinvolte¹⁶¹.

Neppure la ricostruzione basata sulla idea di influenza si sottrae a riserve.

Questo concetto rivela - ancor più di quello di sensibilità - la preoccupazione di assicurare autonomia di giudizio¹⁶² in capo al votante nel momento in cui compie la sua scelta.

Sul fatto che sia questa la *ratio* del conflitto di interessi nel diritto societario è possibile nutrire dubbi¹⁶³. Così ragionando, infatti, si finirebbe per aderire a quella interpretazione che vede nel conflitto di interessi una ipotesi di annullabilità dell'atto giustificata dalla presenza di un vizio del consenso: in effetti, è proprio questa la posizione di una parte autorevole della dottrina¹⁶⁴.

Siffatto inquadramento sembra però adattarsi solo al conflitto di interessi in ambito contrattuale¹⁶⁵, e non a quello del diritto societario, dove resta preferibile l'orientamento che ne individua il fondamento nell'esigenza di evitare la estrazione, da parte di soci e amministratori, di benefici privati dalla attività sociale¹⁶⁶.

¹⁶¹ Per una critica di questa tendenza, v. *infra*.

¹⁶² Sull'idoneità della disciplina degli amministratori indipendenti a farsi carico di questa esigenza v. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti e i codici di autodisciplina*, in AA. VV., *La governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma*, coordinato da Marchetti-Santosuosso, cit., p. 127 e ss. (in specie, pp. 142-143), e, altresì, CERA, "Indipendenti", *interlocking directorates ed interessi fra modelli societari e realtà*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da Benazzo-Cera-Patriarca, Torino, 2011, p. 614. Sul punto si tornerà *infra*.

¹⁶³ E v. anche *infra* le considerazioni del paragrafo 7.

¹⁶⁴ FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori: profili di sistema*, in *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza*, a cura di Granelli-Stella, Milano, 2007, p. 180 e ss., ove è chiaro il riferimento alla riflessione di PUGLIATTI, *Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante*, Messina, 1928.

¹⁶⁵ La tesi, in verità, è controversa anche nella dottrina privatistica, come nota lo stesso FERRO-LUZZI, op. loc. ult. cit. Del resto, già l'impianto codicistico separa, nella collocazione, la disciplina dell'annullamento del contratto per vizi del consenso da quella dell'annullamento per conflitto di interessi del rappresentante.

¹⁶⁶ Così, per tutti, v. D'ALESSANDRO, *Il conflitto d'interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 3 e ss. Il divieto di estrazione di benefici privati dalla società presenta un intimo collegamento con la causa del contratto di società. Sul punto, v. già il fondamentale lavoro di AULETTA

Sul punto, si è anche detto che l'efficacia della disciplina del conflitto di interessi sociale sarebbe misurabile empiricamente, attraverso la determinazione quantitativa del premio di maggioranza, da identificarsi nel plusvalore attribuito dal mercato al pacchetto azionario di controllo rispetto alla corrispondente quota proporzionale del valore dell'intera società: orbene, tale plusvalore troverebbe la sua spiegazione nella possibilità per l'azionista di controllo di sfruttare tale potere per conseguire vantaggi particolari, non condivisi con altri soci¹⁶⁷.

Essendo queste le premesse, non pare perciò rilevante, per il diritto societario, che la volontà di chi partecipa all'assemblea o all'organo gestorio si formi in maniera spontanea¹⁶⁸, contando piuttosto che da una delibera assembleare o consiliare tale soggetto non ricavi utilità personali con sacrificio per l'interesse sociale.

La teoria della influenza, inoltre, sebbene professi la necessità di un accertamento di natura obiettiva¹⁶⁹ - che, per le ragioni illustrate al paragrafo precedente, dovrebbe effettuarsi esclusivamente *ex ante* - si presta ancor meno di quella della sensibilità ad un giudizio di prognosi

G.G., *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, p. 155 e ss., ove l'A. identifica la causa del contratto di società commerciale nello "scopo di partecipare ai risultati economici d'una impresa commerciale, gestita in comune da tutti i contraenti" ed insiste, in particolare, sul carattere necessariamente comune del guadagno sociale, rilevando che esso "deve cioè essere ottenuto non soltanto mediante l'esercizio dell'impresa comune, ma direttamente dalla società che poi lo divide tra i soci" (pp. 162-164). Nel pensiero dell'Auletta la partecipazione agli utili di tutti i soci costituisce il momento essenziale dell'esecuzione del contratto di società, poiché il rapporto di sinallagmaticità contrattuale viene a porsi proprio tra il diritto agli utili e l'obbligo di conferimento (p. 53 e ss., ed anche p. 170, in cui si sottolinea la valenza sistematica della norma in tema di nullità del patto leonino).

¹⁶⁷ Ancora D'ALESSANDRO, op. loc. ult. cit.

¹⁶⁸ Allo scopo di non lasciare vuoti di tutela, in casi particolari - anche se di difficile verifica - si potrebbe comunque far ricorso alle norme sui vizi del consenso, di cui agli artt. 1427-1440 c.c., le quali, in virtù dell'art. 1324 c.c., si applicano anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. Il voto può, infatti, essere qualificato come negozio unilaterale, secondo un orientamento consolidato e risalente già a SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Milano, 1961. Può immaginarsi il caso di un amministratore che minacci un socio, prospettandogli un male ingiusto e notevole per l'ipotesi che questi non voti in assemblea contro la promozione dell'azione di responsabilità *ex art.* 2393 c.c.: il voto espresso dal socio sarà annullabile per violenza e di esso non dovrà pertanto tenersi conto nel computo della maggioranza.

¹⁶⁹ CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 292.

postuma, non essendo chiaro come sia possibile rintracciare, in modo obiettivo e anteriormente alla delibera da assumere, la sussistenza di uno stato di influenza, che costituisce un fenomeno strettamente psicologico.

Per circoscrivere il campo di applicazione delle norme, i sostenitori di questa prospettiva hanno elaborato varie soluzioni.

Secondo un primo approccio, ad essere discriminante sarebbe l'intensità del rapporto. Il giudizio circa la ricorrenza dell'interesse per conto di terzi andrebbe fatto in concreto e sarebbe destinato a concludersi con esito negativo ove il legame tra votante e terzo dovesse apparire "*privo di connotati apprezzabili*", "*per essere, ad esempio, tenue o marginale rispetto al resto della [...] attività*"¹⁷⁰. Si tratta, tuttavia, di un criterio assai vago, che non assicura la prevedibilità della decisione, atteso che la soglia di rilevanza dell'intensità dipenderà dalle vedute del singolo giudice¹⁷¹.

Per altro verso, si è sostenuta l'opportunità di indagare se la situazione di influenza del soggetto sussista con riguardo alla specifica operazione¹⁷² o delibera da adottarsi: ciò presupporrebbe l'assunzione, da parte dell'interessato, di "*un ruolo tale da poter incidere sulla decisione relativa al compimento dell'affare*"¹⁷³. Non si vede, peraltro, come questa considerazione possa essere decisiva, visto che, se è vero che il particolare "*peso*" di certi soggetti può far emergere con più facilità la presenza di un interesse personale, quest'ultimo può nondimeno riscontrarsi anche in capo

¹⁷⁰ SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., pp. 760-761; la stessa terminologia si ritrova in VENTORUZZO, *Art. 2391*, in *Amministratori (art. 2380-2396)*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, p. 446.

¹⁷¹ Ne è una dimostrazione l'arbitrarietà delle sentenze in materia di gruppi di società, dove, pur partendosi dalla stessa visione, l'annullabilità delle decisioni consiliari ex art. 2391 c.c. è ora affermata, ora negata, senza che ciò trovi una giustificazione nelle particolarità dei vari casi. Il tema verrà approfondito nel capitolo successivo.

¹⁷² E si ricordino le posizioni di SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., p. 759, e di GUIZZI, *Commento all'art. 2391*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, II, cit., p. 663 e ss., per i quali occorre un rapporto di derivazione immediata e diretta del vantaggio personale dall'operazione, non essendo sufficiente una relazione di mera occasionalità tra le due entità.

¹⁷³ CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 292.

a chi non è in grado di influire sulle condizioni dell'affare, ma è del pari interessato a questo.

I medesimi rilievi valgono per le conclusioni raggiunte da altra dottrina¹⁷⁴, secondo la quale, nella individuazione degli interessi per conto di terzi, non potrebbe prescindersi da una valutazione, oltre che dell'intensità della relazione, del contenuto delle “*funzioni in concreto attribuite*” al soggetto¹⁷⁵, alla luce delle quali dovrebbe misurarsi la capacità di incidere sulla operazione.

6 – L'individuazione dei terzi mediante la nozione di parti correlate.

Da ultimo si è, infine, proposto di riempire la nozione di interesse per conto di terzi, definita come nel paragrafo che precede, attraverso il richiamo alla normativa delle operazioni con “*parti correlate*”¹⁷⁶. Come è noto, tale disciplina procedimentale è stata formalmente introdotta nel nostro ordinamento dalla riforma del 2003, che ha aggiunto, immediatamente dopo l'art. 2391 c.c. sugli interessi degli amministratori, un nuovo art. 2391-*bis* c.c. Si tratta, in generale, di operazioni concluse con soggetti che, per varie ragioni, sono ritenuti in grado di influenzare la condotta degli organi di gestione e di determinare l'adozione di scelte non in linea con l'interesse sociale. La particolare attenzione per le stesse nasce, dunque, dalla considerazione degli effetti distorsivi che possono derivare

¹⁷⁴ Ci si riferisce a SANTAGATA, *Interlocking directorates ed “interessi degli amministratori” di società per azioni*, cit., p. 316 e ss.

¹⁷⁵ Il discorso è limitato agli amministratori.

¹⁷⁶ Sulle operazioni con parti correlate v., fra le tante opere, AA.VV., *Le operazioni con parti correlate. Atti del Convegno Università Cattolica del Sacro Cuore*, a cura di Cariello (Piacenza, 19 novembre 2010), Milano, 2011; LIACE, *Le operazioni con parti correlate*, Milano, 2016; MICIELI, *La gestione del conflitto di interessi nelle operazioni con parti correlate*, Milano, 2016.

per il patrimonio della società o per le minoranze, ove esse non siano circondate da adeguate cautele procedurali¹⁷⁷.

Il nuovo articolo 2391-*bis* dispone pertanto che, nelle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, gli amministratori sono tenuti ad adottare regole che assicurino la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate e a renderle note nella relazione sulla gestione, potendosi fare assistere, nell'espletamento di tali compiti, da esperti indipendenti, in ragione della natura, del valore o delle caratteristiche delle operazioni. È chiarito, inoltre, che rientrano nelle operazioni regolate sia quelle realizzate dalla società direttamente, sia quelle effettuate per il tramite di società controllate. La individuazione dei principi nel cui rispetto devono essere fissate le regole predette è, peraltro, rimessa alla normativa secondaria della Consob, cui spetta il compito di definire gli aspetti afferenti alla competenza decisionale, alla motivazione e alla documentazione necessaria.

L'Autorità ha assolto tale obbligo con il Regolamento n. 17221 del 12 marzo 2010 (c.d. Regolamento operazioni con parti correlate)¹⁷⁸, che all'art. 1 dell'Allegato 1 contiene la attuale definizione di parte correlata. Più precisamente, secondo il testo regolamentare, un soggetto è parte correlata a una società se:

(a) direttamente, o indirettamente, anche attraverso società controllate, fiduciari o interposte persone:

¹⁷⁷ MACRÌ C., *Note minime su interessi degli amministratori e rapporti con parti correlate*, in www.dircomm.it/2012/n.1/02.html.

¹⁷⁸ Come rileva ancora MACRÌ C., *Note minime su interessi degli amministratori e rapporti con parti correlate*, cit., la Consob aveva già manifestato sensibilità al problema in passato, allorché aveva raccomandato, con la Comunicazione DAC/97001574 del 20 febbraio 1997, la illustrazione nella relazione sulla gestione di informazioni puntuali sulle operazioni con parti correlate; in assenza di una previsione specifica, si rinvitava, per la definizione di parte correlata, alla nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e, soprattutto, alle indicazioni dell'International Accounting Standards contenute nello IAS 24. Successivamente, la nozione di parti correlate è stata definita con ulteriori comunicazioni e delibere della Consob, che si sono peraltro allineate sempre a quanto statuito nello IAS 24, fino ad arrivare al Regolamento del 2010, di cui al testo.

(i) controlla¹⁷⁹ la società, ne è controllato, o è sottoposto a comune controllo;

(ii) detiene una partecipazione nella società tale da poter esercitare un'influenza notevole¹⁸⁰ su quest'ultima;

(iii) esercita il controllo sulla società congiuntamente con altri soggetti;

(b) è una società collegata della società;

(c) è una joint venture¹⁸¹ in cui la società è una partecipante;

(d) è uno dei dirigenti con responsabilità strategiche¹⁸² della società o della sua controllante;

(e) è uno stretto familiare¹⁸³ di uno dei soggetti di cui alle lettere (a) o (d);

¹⁷⁹ Lo stesso articolo precisa che il controllo è il potere di determinare le politiche finanziarie e gestionali di un'entità al fine di ottenere benefici dalle sue attività. Si presume che esista il controllo quando un soggetto possiede, direttamente o indirettamente attraverso le proprie controllate, più della metà dei diritti di voto di un'entità a meno che, in casi eccezionali, possa essere chiaramente dimostrato che tale possesso non costituisce controllo. Il controllo esiste anche quando un soggetto possiede la metà, o una quota minore, dei diritti di voto esercitabili in assemblea se questi ha: (a) il controllo di più della metà dei diritti di voto in virtù di un accordo con altri investitori; (b) il potere di determinare le politiche finanziarie e gestionali dell'entità in forza di uno statuto o di un accordo; (c) il potere di nominare o di rimuovere la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o dell'equivalente organo di governo societario, ed il controllo dell'entità è detenuto da quel consiglio o organo; (d) il potere di esercitare la maggioranza dei diritti di voto nelle sedute del consiglio di amministrazione o dell'equivalente organo di governo societario, ed il controllo dell'entità è detenuto da quel consiglio o organo. Il controllo congiunto è la condivisione, stabilita contrattualmente, del controllo su un'attività economica.

¹⁸⁰ L'influenza notevole è il potere di partecipare alla determinazione delle politiche finanziarie e gestionali di un'entità senza averne il controllo. Un'influenza notevole può essere ottenuta attraverso il possesso di azioni, tramite clausole statutarie o accordi. Se un soggetto possiede, direttamente o indirettamente (per esempio tramite società controllate), il 20% o una quota maggiore dei voti esercitabili nell'assemblea della partecipata, si presume che abbia un'influenza notevole, a meno che non possa essere chiaramente dimostrato il contrario. Di contro, se il soggetto possiede, direttamente o indirettamente (per esempio tramite società controllate), una quota minore del 20% dei voti esercitabili nell'assemblea della partecipata, si presume che la partecipante non abbia un'influenza notevole, a meno che tale influenza non possa essere chiaramente dimostrata. La presenza di un soggetto in possesso della maggioranza assoluta o relativa dei diritti di voto non preclude necessariamente a un altro soggetto di avere un'influenza notevole. L'esistenza di influenza notevole è solitamente segnalata dal verificarsi di una o più delle seguenti circostanze: (a) la rappresentanza nel consiglio di amministrazione, o nell'organo equivalente, della partecipata; (b) la partecipazione nel processo decisionale, inclusa la partecipazione alle decisioni in merito ai dividendi o ad altro tipo di distribuzione degli utili; (c) la presenza di operazioni rilevanti tra la partecipante e la partecipata; (d) l'interscambio di personale dirigente; (e) la messa a disposizione di informazioni tecniche essenziali.

¹⁸¹ Una joint venture è un accordo contrattuale con il quale due o più parti intraprendono un'attività economica sottoposta a controllo congiunto.

¹⁸² I dirigenti con responsabilità strategiche sono quei soggetti che hanno il potere e la responsabilità, direttamente o indirettamente, della pianificazione, della direzione e del controllo delle attività della società, compresi gli amministratori (esecutivi o meno) della società stessa.

(f) è un'entità nella quale uno dei soggetti di cui alle lettere (d) o (e) esercita il controllo, il controllo congiunto o l'influenza notevole o detiene, direttamente o indirettamente, una quota significativa, comunque non inferiore al 20%, dei diritti di voto;

(g) è un fondo pensionistico complementare, collettivo od individuale, italiano od estero, costituito a favore dei dipendenti della società, o di una qualsiasi altra entità ad essa correlata.

Orbene, per una parte della dottrina, la nozione di parti correlate, come sopra enunciata, potrebbe essere traslata alle fattispecie di cui agli artt. 2373 e 2391 c.c., dove essa servirebbe per individuare i terzi per conto dei quali il socio o l'amministratore può essere portatore di interessi, pur non esaurendo compiutamente l'area dei soggetti rilevanti¹⁸⁴. In questa ottica, si è aggiunto che l'art. 2391 c.c., nella versione riformata, codificherebbe *“anche nell'ambito per così dire endosocietario quei principi di trasparenza delle operazioni con parti correlate che nell'ambito della disciplina del mercato sono imposti solo verso l'esterno, al fine di garantire la piena consapevolezza dell'investitore nella gestione del proprio investimento”*¹⁸⁵.

¹⁸³ Si considerano stretti familiari di un soggetto quei familiari che ci si attende possano influenzare il, o essere influenzati dal, soggetto interessato nei loro rapporti con la società. Essi possono includere: (a) il coniuge non legalmente separato e il convivente; (b) i figli e le persone a carico del soggetto, del coniuge non legalmente separato o del convivente.

¹⁸⁴ Così, soprattutto, GUIZZI, *Commento all'art. 2391*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, II, cit., pp. 662-663. Nella medesima direzione CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 133 e ss.; SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., p. 762, il quale aggiunge che, al di fuori dei casi di soggetti correlati, il riscontro dell'interesse per conto di terzi deve essere effettuato con rigore, onde evitare una dilatazione arbitraria della normativa sugli interessi.

¹⁸⁵ Ancora GUIZZI, op. loc. ult. cit., che, in base a tali argomentazioni, arriva alla conclusione per cui i principi di correttezza e trasparenza, elaborati per le operazioni con parti correlate, potrebbero essere estesi anche alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio: così, in particolare, ID., in *Interessi degli amministratori e operazioni con parti correlate*, in AA. VV., *La governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma*, coordinato da Marchetti-Santosuoso, cit., pp. 200-202.

La prospettiva inizia a ricevere consensi anche nella giurisprudenza di merito¹⁸⁶.

L'orientamento in questione sembrerebbe altresì trovare una conferma, in ottica comparatistica, nella normativa societaria spagnola, sì come modificata dalla Ley 31/2014 del 3 dicembre 2014. Il nuovo Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, infatti, oltre ad avere espressamente consacrato all'art. 227 il dovere di lealtà degli amministratori, impone ad ognuno di essi, nell'art. 228 lett. c¹⁸⁷, di astenersi dalla partecipazione alla deliberazione e al voto degli accordi o delle decisioni in cui egli o *una persona correlata* abbia un conflitto di interessi diretto o indiretto. La nozione di persona correlata, dettata dal successivo art. 231, corrisponde per molti aspetti a quella offerta, nel nostro ordinamento, dal Regolamento Consob del 2010.

Nonostante queste argomentazioni, tuttavia, non può sostenersi che il nostro ordinamento abbia inteso, con il riferimento ai terzi degli artt. 2373 e 2391 c.c., alludere alle parti correlate, in quanto i due sistemi disciplinari, pur essendo entrambi volti a fronteggiare i fenomeni di interferenze di interessi¹⁸⁸ nella attività sociale, si avvicinano al problema secondo logiche differenti.

¹⁸⁶ Ord. Trib. Milano 20 dicembre 2013, in *Giurisprudenza delle imprese*, <http://bit.ly/1j2OgFA>, p. 23 e ss., nella quale la sussistenza di un interesse patrimoniale è ravvisata in capo a soggetti che avevano partecipato a operazioni favorevoli per i loro “*stretti familiari*”, come definiti dal Regolamento Consob sulle operazioni con parti correlate.

¹⁸⁷ Il testo originale, per quel che interessa, recita che “*en particular, el deber de lealtad obliga al administrador a [...] abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto*”. V. anche l'art. 229, III comma, che impone agli amministratori di comunicare agli altri “*cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos puedan tener con el interés de la sociedad*”.

¹⁸⁸ In materia, v. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità delle s.p.a.*, Milano, 2014, p. 61 e ss.

La regolamentazione delle operazioni con parti correlate pare diretta esclusivamente a fornire delle strategie procedurali¹⁸⁹ idonee ad evitare pregiudizi per la società, quando si compiono operazioni con soggetti rispetto ai quali è statisticamente più alto il rischio di gestioni non perfettamente conformi al bene della società.

La disciplina degli interessi, invece, sebbene non sia priva di attenzione per i profili della trasparenza¹⁹⁰, risulta tutta incentrata su un piano rimediale, in quanto la vera garanzia della tutela dei valori in gioco è offerta dall'annullamento della delibera. Essa, perciò, continua ad assolvere un ruolo in un certo senso di chiusura del sistema, essendo destinata ad intervenire quando gli altri meccanismi non abbiano funzionato.

Inoltre, se è vero – come evidenzia la dottrina – che il novero dei terzi non è costituito soltanto dalle parti correlate, è altrettanto vero che non sempre queste ultime rappresentano soggetti per conto dei quali i soci o gli amministratori sono portatori di interessi; se così si ragionasse, si finirebbe per appiattare la normativa codicistica, applicandola anche a situazioni in cui non ricorrono i presupposti della fattispecie considerata, per di più in sovrapposizione con la disciplina di cui al Regolamento Consob¹⁹¹.

Del resto, ad un attento esame, neppure la legge spagnola si affida integralmente alla nozione di “*persona vinculada*” in sede di disciplina del dovere di lealtà degli amministratori, se, all'art. 228 lett. e, impone a questi

¹⁸⁹ Anche attraverso il coinvolgimento di amministratori indipendenti. I rapporti tra la disciplina degli interessi e quella degli amministratori indipendenti saranno ulteriormente precisati *infra*.

¹⁹⁰ Anche se esclusivamente con riguardo alla posizione degli amministratori. V. *supra* p. 30, n. 66.

¹⁹¹ All'indomani della riforma, avvertiva ciò già VENTORUZZO, *Art. 2391*, in *Amministratori (art. 2380-2396)*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, cit., p. 442, per il quale “*non vi è coincidenza tra operazioni con parti correlate e sussistenza di un interesse di un amministratore: vi possono essere casi nei quali l'amministratore è portatore di un interesse per conto di un soggetto terzo non correlato all'emittente, ai quali si applicherà solo l'art. 2391 c.c.; e casi nei quali nessun amministratore è portatore di un interesse in una operazione con un soggetto correlato con il quale egli non ha rapporti, ai quali si applicherà solo l'art. 2391-bis*”. Il rilievo è ripreso da MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, cit., p. 601.

di adottare le misure necessarie per evitare di incorrere in situazioni nelle quali i propri interessi, sia per conto proprio *sia per conto altrui*, possano entrare in conflitto con l'interesse sociale o con i doveri verso la società¹⁹². Appare confermata, così, la non sovrapposibilità dei due profili.

7 – Verso una nuova ricostruzione degli interessi per conto di terzi. Chiarimenti preliminari sulla posizione del socio.

All'esito della illustrazione delle varie teorie dell'interesse per conto di terzi, nessuna di queste si rivela pienamente soddisfacente. Dall'analisi sono, però, emersi dei punti fermi, da tenere in considerazione nel tentativo di offrire una nuova ricostruzione.

Si è, in particolare, sottolineato che l'interesse per conto di terzi deve essere visto in chiave esclusivamente oggettiva e che la valutazione del suo rapporto con l'interesse sociale deve necessariamente essere riportata al momento della adozione della delibera, in modo da consentire la valorizzazione di tutte le potenzialità della normativa. Sotto questo profilo, si è mostrata l'inadeguatezza del concetto di agire per conto altrui, che oltretutto non è perfettamente in sintonia con il dato letterale del testo di legge. Questo, infatti, si riferisce non già all'agire per conto di terzi, bensì all'*avere* un interesse per conto di terzi.

¹⁹² In base all'art. 228, lett. e, della LSA "*en particular, el deber de lealtad obliga al administrador a [...] adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad*". L'espressione "*intereses por cuenta ajena*" compare nella legge spagnola solo a partire dal 2014 (cfr. artt. 225-232 del testo antecedente). Per il quadro precedente alla riforma, v., fra i tanti, MORILLAS JARILLO, *El problema de la determinación del interés social en las sociedades anónimas, a luz del derecho español*, e FERRANDO VILLALBA, *La situación de conflicto de intereses del administrador en la sociedad anónima. Apuntes sobre la regulación en los derechos español e italiano*, in AA. VV., *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, a cura di Paciello, Napoli, 2011, p. 91 e ss. e 345 e ss.

In questa direzione si muove, in particolar modo, Floriano d'Alessandro che, in uno scritto specificamente dedicato al tema¹⁹³, mette bene in evidenza come nella fattispecie in esame sussista una doppia situazione oggettiva. Da un lato, infatti, vi sarebbe *“l’interesse all’atto, facente capo ad un terzo”*; dall’altro, invece, *“l’interesse alle sorti o alle fortune del terzo, facente capo al rappresentante”* (*id est* l’amministratore, nella specie)¹⁹⁴. Grazie al secondo elemento, l’interesse all’affare di cui è titolare il terzo, di per sé ininfluenza sulla vita della società, verrebbe fatto proprio dal rappresentante, diventando così rilevante per l’attivazione della disciplina degli interessi del diritto societario.

Alla luce di queste riflessioni, può dirsi, dunque, che per i fini considerati non è sufficiente la mera presenza di un interesse del terzo, neppure qualora si tratti di un terzo *“qualificato”*¹⁹⁵, dovendosi sempre verificare se rispetto all’atto abbia interesse anche il socio o l’amministratore.

Per comprendere le ragioni di ciò, è indispensabile effettuare alcuni chiarimenti preliminari sul fenomeno societario, nel quale i rimedi contro le interferenze di interessi si misurano non già con singoli soggetti ai quali siano stati occasionalmente conferiti poteri gestori da parte di altri singoli, ma con gruppi di persone organizzati tendenzialmente secondo il criterio della collegialità¹⁹⁶.

¹⁹³ D’ALESSANDRO, *Amministratore unico di s.p.a. appartenente ad un gruppo e conflitto di interessi per conto altrui*, in *Riv. dir. impr.*, 1990 p. 41 e ss.

¹⁹⁴ Il discorso investe direttamente la figura dell’amministratore, ma le conclusioni possono estendersi anche al socio.

¹⁹⁵ Come potrebbe essere una parte correlata alla società.

¹⁹⁶ È opportuno ricordare la non coincidenza tra il concetto di pluripersonalità, consistente nella mera presenza di più soggetti, e il concetto di collegialità, che designa, invece, uno specifico metodo di assunzione delle decisioni scandito in varie fasi, comunemente individuate nella convocazione, nello svolgimento della riunione, nella discussione e votazione, nella proclamazione del risultato e, infine, nella verbalizzazione. Sul tema v. SPADA, *Diritto commerciale, Vol. II, Elementi*, Padova, 2009, p. 36 e ss.

Con riferimento alla posizione del socio, come è stato rilevato dalla dottrina¹⁹⁷, il conflitto si pone tra un interesse personale di questo e un altro interesse – quello sociale – che egli stesso contribuisce a definire, sicché è difficile configurare un obbligo fiduciario dell'azionista¹⁹⁸ comparabile a quello gravante sul rappresentante.

Più in dettaglio, come autorevolmente sostenuto già in passato¹⁹⁹, mediante il ricorso alla società i soci individuano un *insieme di interessi collettivi* da perseguire, sottoponendolo alla disciplina legislativa e a quella pattizia da loro stessi conformata. Se si segue questo ordine di idee, sarà possibile concludere che per i soci l'interesse sociale non presenta natura monolitica, prestandosi esso a racchiudere al suo interno una pluralità di interessi, tutti in astratto riconducibili alla causa lucrativa societaria e, dunque, tutti sociali. La scelta concreta sull'assetto da dare all'interesse sociale si muoverà all'interno di questo perimetro tracciato dall'art. 2247 c.c. e non potrà che essere affidata al criterio della maggioranza, al quale è improntato il funzionamento dell'organo assembleare.

¹⁹⁷ D'ALESSANDRO, *Il conflitto d'interessi nei rapporti tra socio e società*, cit., p. 5 e ss., che pone l'accento sul fatto che il socio persegue un interesse anche proprio e non esclusivamente altrui, come invece accade agli amministratori.

¹⁹⁸ Discostandosi dal pensiero di d'Alessandro, DENOZZA, *L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"*, 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. 30 (in specie n. 48), ritiene, invece, possibile costruire il rapporto tra maggioranza e minoranza come un rapporto di *agency*. Ciò poiché vi sarebbero *"dei soggetti che hanno affidato il potere di gestire una parte del loro patrimonio ad altri in una situazione in cui i meccanismi di mercato non sono in grado di coartare pienamente il comportamento dell'agente, i costi di transazione impediscono di definire in anticipo tutto quello che l'agente potrà o non potrà fare, e per di più è spesso difficile accertare se l'agente ha causato o sta causando un danno al patrimonio affidatogli o se invece ha fatto del suo meglio in un ambiente (il mercato) in cui nessuno può per definizione sfuggire al rischio di subire danni indipendenti dall'entità della diligenza con cui si è comportato"*. Tale posizione si spiega, peraltro, in quanto l'A. propone, come si vedrà, una peculiare ricostruzione dell'art. 2373 c.c., il cui ruolo non si esaurirebbe nel consentire l'annullabilità delle delibere assembleari viziate da conflitto di interessi, ma consisterebbe nell'aver codificato il più generale principio dell'annullabilità di qualsiasi delibera pregiudizievole per il patrimonio della società. A quest'ultima prospettiva aderiscono anche LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *Art. 2373*, in *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 274 e ss.

¹⁹⁹ 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, p. 93. I rilievi sono poi ripresi anche dalla dottrina maggioritaria: v., tra i molti, JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, cit., p. 186 e ss.; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 221 e ss.

Al fine di compiere un ulteriore passo avanti, può essere utile richiamare la distinzione, elaborata nell'ambito degli studi di teoria generale sulla collegialità, tra i collegi a funzione c.d. ponderatoria e i collegi a funzione c.d. compositoria.

Secondo l'impostazione comune, la predetta bipartizione poggerebbe sulla diversa funzione che in ciascuno di essi svolge la pluripersonalità. In particolare, sotto questo profilo, i collegi a funzione ponderatoria (detti anche reali) si caratterizzerebbero per essere orientati verso la cura di un unico interesse, di cui la pluripersonalità potrebbe assicurare il miglior perseguimento mediante il coinvolgimento di diverse personalità chiamate a svolgere funzioni essenzialmente valutative. I collegi di composizione (detti anche virtuali), invece, nascerebbero per far fronte a situazioni connotate da divergenza tra interessi secondari portati nel collegio dai suoi componenti, ai quali è affidato il compito di risolvere le antinomie attraverso il contemperamento o, se ciò non è possibile, il superamento delle ragioni del conflitto²⁰⁰.

Orbene, già ad una prima riflessione, pare possibile inquadrare l'assemblea tra i collegi di composizione.

Se, infatti, come si accennava poc'anzi, la realtà fenomenica ci consegna un'immagine multiforme dell'interesse sociale, è evidente che la sua concreta determinazione richiederà un processo di confronto, eventualmente di scontro e, infine, di sintesi tra i vari interessi di cui i soci si fanno portatori. Tali interessi, in quanto relativi a singoli soci o a gruppi di soci, dovranno ritenersi di natura secondaria, ma, se rispondenti agli scopi delineati dall'art. 2247 c.c., potranno definirsi interessi secondari sociali. Il procedimento assembleare, in questo contesto, diviene allora la

²⁰⁰ Sul punto v. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1968, p. 184 e ss.; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, III, vol. I, Milano, 1993, p. 286 e ss.; PIZZORUSSO A., *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, p. 36 e ss.

sede naturale per l'acquisizione degli interessi secondari sociali portati dai soci, che, per il tramite di un'attività di natura compositiva, concorrono a definire l'interesse sociale concreto o c.d. primario²⁰¹.

Se fin qui si è parlato di interessi non comuni ma pur sempre sociali, è possibile peraltro che in assemblea i soci si facciano portatori di interessi non correlati alla loro posizione di membri della compagine sociale, ma afferenti ad aspetti delle loro economie individuali non connessi con le vicende societarie: si avranno, in tal caso, interessi secondari extrasociali.

Di fronte ad interessi di questo tipo, il legislatore avrebbe potuto in astratto assumere un atteggiamento di rigore, precludendo in assoluto al socio il conseguimento di vantaggi personali che non passano per il bene comune. Non è, tuttavia, questa la strada percorsa dal codice civile, che, rifiutando ogni forma di funzionalizzazione del voto assembleare²⁰², ha invece dettato, all'art. 2373 c.c., una disciplina più permissiva, in virtù della quale il socio può perseguire attraverso lo strumento societario anche

²⁰¹ Per la qualificazione dell'assemblea come collegio di composizione, v., SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000, p. 105 e ss. Più in generale, v. anche VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, p. 11; SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, p. 60 e ss.

²⁰² Per funzionalizzazione si intende la predeterminazione legislativa dello scopo perseguibile con l'esercizio del voto. Storicamente, essa si è accompagnata spesso (ma non sempre) ad una ricostruzione dell'interesse sociale in chiave istituzionalistica e, ove accolta, ha rappresentato la base idonea a giustificare l'impiego dell'istituto dell'eccesso di potere in diritto societario. Per un quadro su questa teorica, sotto la vigenza del codice di commercio del 1882, CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176 e ss.; SCORZA, *L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 645 e ss. Critici nei confronti dell'idea del voto come potere attribuito al socio nell'interesse sociale MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 458; MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, pp. 740-741. Con l'affermazione della visione contrattualistica in Italia, la figura dell'eccesso di potere, elaborata per rispondere al problema dell'abuso del voto, è stata progressivamente estromessa dal diritto commerciale, per riapparire di recente, in una veste parzialmente diversa rispetto al passato. Cfr. LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *Art. 2373*, in *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 359 e ss., e soprattutto LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., p. 669 e ss.

interessi secondari extrasociali, purchè lo faccia senza violare la causa societaria e senza esporre il patrimonio comune al rischio di danno²⁰³.

In definitiva, la funzione compositoria attribuibile all'organo assembleare investe in prima battuta interessi secondari sociali, ma potrebbe abbracciare anche interessi secondari extrasociali, a condizione che questi non si pongano in conflitto con la base comune su cui si fonda la società²⁰⁴.

Per quanto appena esposto e nei limiti segnalati, avendo il socio un ruolo attivo nella concretizzazione dell'interesse sociale, non sembra possibile pensare al rapporto tra questi e la società negli stessi termini in cui è possibile farlo per il rapporto tra rappresentante e rappresentato²⁰⁵.

Rispondendo poi la disciplina dell'art. 2373 c.c. all'esigenza di impedire ai singoli l'estrazione di benefici privati dalla società²⁰⁶, acquista altresì un senso la scelta del legislatore di circoscrivere la disciplina del conflitto di interessi ai soli casi in cui *l'azionista sia portatore di un interesse per conto di terzi*, con esclusione delle ipotesi in cui la delibera coinvolga semplicemente dei terzi che ruotano attorno alla sua orbita.

In altre parole, il legislatore avrebbe potuto in teoria adottare una diversa tecnica nel forgiare la fattispecie di conflitto di interessi,

²⁰³ Per tutti, v. ancora MENGONI *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., pp. 443-444; MIGNOLI, op. loc. ult. cit.

²⁰⁴ Di questo avviso, ad esempio, SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, cit., p. 105, n. 48, ove si precisa che *“gli interessi secondari di cui sono portatori i soci, ancorchè acquisiti nel procedimento deliberativo assembleare, non possono concorrere all'individuazione dell'interesse primario, ove si pongano in contrasto con la causa societaria: così, non può assurgere a rilievo “sociale” (e l'ordinamento dispone gli strumenti per neutralizzarlo) quell'interesse secondario del socio che sia determinante per la configurazione di un interesse primario che, non solo realizza un «conflitto con quello della società», ma anche «possa recare danno alla società» medesima”*.

²⁰⁵ Discutibile sarebbe, pertanto, una norma che disponesse l'impugnabilità della delibera assembleare, solo perché vantaggiosa per un terzo e dannosa per la società. Infatti, nella rappresentanza del diritto privato vi è una scissione netta tra rappresentante e rappresentato, per cui può trovare spiegazione quell'insegnamento per il quale il rappresentante deve curare il solo interesse del rappresentato e deve astenersi dal compiere tutto ciò che favorisca i terzi; nel diritto societario, invece, non è altrettanto lineare la separazione tra società, soci e terzi.

²⁰⁶ Ancora D'ALESSANDRO, op. loc. ult. cit.

identificando una serie di *rapporti tra il socio e i terzi*, idonei a giustificare l'attivazione di rimedi di carattere preventivo o successivo. La soluzione, però, non è stata accolta dal nostro ordinamento che ha, al contrario, riconfermato la sua opzione originaria, allorchè ha provveduto a riformare nel 2015 la normativa del conflitto di interessi nelle società bancarie e finanziarie²⁰⁷.

Se ci si interroga sulle motivazioni di questa scelta, va osservato che l'adesione alla tecnica qui criticata sarebbe risultata inopportuna per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, è a tutti noto quanto si siano rivelati fallimentari i tentativi volti ad elaborare elenchi rigidi e tassativi, essendo sempre presente il rischio di incompletezza nella enucleazione delle casistiche rilevanti. Si potrebbe ipotizzare un richiamo ai rapporti di parentela, di coniugio, di carattere societario, di carattere professionale, di carattere bancario o finanziario, ma non è da escludere che questa enumerazione si dimostri lacunosa nei casi concreti.

In secondo luogo, incentrare la fattispecie di cui all'art. 2373 c.c. sulla semplice sussistenza di specifici legami tra il socio e terzi potrebbe condurre ad applicazioni discutibili della norma a situazioni nelle quali non si presenta la *ratio* ispiratrice della disciplina del conflitto di interessi, in ragione dell'assenza di qualsivoglia vantaggio o convenienza per il socio votante²⁰⁸. D'altro canto, non si può seriamente pensare di risolvere le criticità di questa soluzione affermando che le relazioni in ipotesi elencate determinerebbero soltanto una presunzione relativa di conflitto di interessi, vincibile da prova contraria. Infatti, non è possibile invocare meccanismi di

²⁰⁷ Come si è rilevato *supra* alle pp. 54 e ss., infatti, dopo il decr. Lgs. 72 del 2015, è stato introdotto a carico dei soci e degli amministratori di società bancarie e finanziarie un obbligo di astensione dalla partecipazione alle delibere rispetto alle quali essi abbiano un interesse in conflitto "*per conto proprio o di terzi*".

²⁰⁸ Si riveda l'esempio esposto *supra* alle pp. 62-63.

semplificazione probatoria - che operano su un piano *processuale* - se prima non si chiarisce quale sia la situazione *sostanziale* che giustifica l'attivazione della normativa. I problemi riemergerebbero proprio nel momento in cui si dovesse tentare di fornire prova contraria del conflitto di interessi²⁰⁹.

Da ultimo, in questa sede non appare agevolmente praticabile neppure il ricorso a "*clausole generali*" in grado di racchiudere in modo esaustivo l'intera area di relazioni con i terzi dotate di significatività, data l'assoluta mancanza di criteri utilizzabili come guida nella costruzione di formule di chiusura. Da questo punto di vista, occorre ad esempio evidenziare la radicale diversità della fattispecie di cui all'art. 2399 c.c. In questa disposizione il legislatore ha potuto impiegare una espressione aperta quale quella di "*rapporti di natura patrimoniale che compromettano l'indipendenza*", vista la indiscutibile necessità di evitare alterazioni della autonomia di giudizio richiesta ai sindaci nello svolgimento delle loro funzioni. La medesima strada non sarebbe stata facilmente percorribile per il socio, rispetto al quale non pare possa rintracciarsi un principio superiore che ne orienti l'operato, se non a costo di ripiegare verso forme di funzionalizzazione del voto che, invece, il legislatore ha inteso chiaramente evitare²¹⁰.

²⁰⁹ Si ipotizzi una norma dal tenore simile: "*è annullabile a norma dell'art. 2377, qualora possa recare un danno alla società, la deliberazione approvata con il voto determinante di colui che abbia un interesse personale in conflitto con quello sociale o che abbia con terzi portatori di interessi in conflitto con quello sociale rapporti di coniugio, di parentela, di carattere societario o altri rapporti patrimoniali*". È ragionevole pensare che non sempre le relazioni di questo tipo rendono accettabile l'applicazione del rimedio reale previsto per le delibere viziate da conflitto di interessi. Se si dovesse ritenere che, in presenza di uno di questi rapporti con terzi interessati, vi sia una presunzione relativa di conflitto di interessi, resterebbe insoluto il nodo relativo alla individuazione delle circostanze da provare per superare questa presunzione. Come si vedrà nel corso dell'ultimo capitolo, l'impiego di meccanismi presuntivi acquista, invece, un ruolo se si aderisce alla ricostruzione qui condivisa di interesse "*per conto di terzi*", per la quale v. *infra*.

²¹⁰ Si rifletta ad esempio su quali potrebbero essere le conseguenze sull'inquadramento sistematico del diritto di voto, ove si addivenisse ad una formulazione della norma come la seguente: "*è annullabile a norma dell'art. 2377, qualora possa recare danno alla società, la deliberazione approvata con il voto determinante di colui che abbia un interesse personale in conflitto con quello sociale o che abbia con*

Alla luce di tutte le superiori considerazioni, si conferma la razionalità del sistema, nella misura in cui esso limita il suo intervento ai soli casi caratterizzati da un personale interesse del socio – sia pure di natura diversa rispetto a quello per conto proprio.

8 – Segue. Chiarimenti preliminari sulla posizione dell'amministratore.

Giunti a questo punto, occorre adesso chiedersi se le conclusioni elaborate per la figura dell'azionista possano riguardare anche gli amministratori.

Ritornando per un momento al tema della collegialità, non si registra nella cultura giuridica unanimità di vedute su quali siano le funzioni da attribuire al consiglio di amministrazione e, più a monte, su quali siano i principi che rendono inderogabile la disciplina legale dello stesso.

Per una prima versione, la previsione di un collegio, nell'ambito della regolamentazione dell'organo amministrativo della società per azioni, risponderebbe ad esigenze di garanzia²¹¹, essendo volta ad ampliare il novero dei soggetti responsabili dei danni causati al patrimonio della società²¹². Altra dottrina ha tuttavia sottolineato che, se la legge avesse

terzi portatori di interessi in conflitto con quello sociale relazioni in grado di alterare la propria indipendenza". A risultati non diversi si giungerebbe con un riferimento a "relazioni intense", dal momento che queste ultime assumerebbero rilievo in quanto sintomatiche o dell'assenza di indipendenza del socio o di qualcos'altro di cui non è possibile precisare il contenuto.

²¹¹ In tal senso soprattutto BORGIOI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 1056 e ss.; GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979, p. 125 e ss.; ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 197 e ss.

²¹² BORGIOI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 1073 e ss., dove si propone il superamento del tradizionale concetto civilistico di solidarietà, per attribuire alla responsabilità solidale degli amministratori il compito non già di regolare gli obblighi risarcitori "di coloro che già risultano responsabili", bensì di "estendere l'ambito della responsabilità agli altri coamministratori, anche indipendentemente da una loro colpa specifica". Quest'ultima affermazione risulta ormai inaccettabile, in quanto, dopo la riforma del diritto societario del 2003, il legislatore ha inteso configurare la responsabilità degli amministratori come "responsabilità per colpa e per fatto proprio", connessa a inadempimenti di specifici doveri. Per aversi condanna al risarcimento del danno oggi, occorre dunque individuare in relazione ad ogni singolo amministratore quale sia la violazione

effettivamente attribuito precipua importanza a questo fine nella conformazione della disciplina del consiglio di amministrazione, apparirebbe poi incoerente la scelta di rendere solo facoltativa la opzione per la pluripersonalità dell'organo amministrativo, che com'è noto può difettare ove la società per azioni scelga il regime dell'amministrazione monocratica²¹³.

Secondo un'altra impostazione, funzione primaria del metodo collegiale sarebbe quella di assicurare l'unità di gestione nell'esercizio dei poteri di amministrazione della società e, più precisamente, la formazione unitaria e non contraddittoria della volontà dell'organo gestorio²¹⁴. Come è stato ulteriormente precisato, l'unità di gestione si articolerebbe su due diversi piani, uno oggettivo e l'altro soggettivo. Sotto il primo profilo, essa si tradurrebbe nella coerenza di azione, che richiede di tener conto della interdipendenza delle operazioni e di rispettare canoni di razionalità nello svolgimento dei compiti di gestione, in modo da evitare il compimento di atti contraddittori e da promuovere al contrario la realizzazione di atti sistematicamente concatenati tra loro. Sul versante soggettivo, invece, l'unità di gestione implicherebbe la garanzia dell'esercizio effettivo del

compiuta e la colpa a lui imputabile, mentre devono recisamente evitarsi quelle "indebito estensioni" che, prima della riforma, si erano tradotte in condanne solidali uguali e omnicomprensive a carico di tutti gli amministratori per il danno complessivo provocato al patrimonio sociale. Su questo punto, v. soprattutto BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, pp. 2-4 e p. 107 e ss.

²¹³ In tal senso, v. STELLA RICHTER JR. M., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in AA.VV., *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Bernardino Libonati, Milano, 1995, pp. 288-289. Anche dopo la riforma del 2003, deve ritenersi possibile il ricorso all'amministrazione monocratica nelle società per azioni, come attesta il comma III dell'art. 2380-bis c.c.

²¹⁴ Di questo avviso, ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiuntiva nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 90 e ss e 139 e ss. Ritiene che la collegialità possa svolgere una pluralità di funzioni, tra cui quella di unità di gestione, CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4*, Torino, 1991, p. 248 e ss.

potere amministrativo da parte di tutti i componenti del consiglio, risolvendosi dunque nella tutela di interessi di carattere partecipativo²¹⁵.

Ferme rimanendo queste premesse, peraltro, gli studi che più direttamente si mostrano utili per l'indagine qui condotta sono quelli che hanno riproposto anche per la collegialità del consiglio di amministrazione la dicotomia tra ponderazione e composizione. Anche per gli amministratori, infatti, la dottrina si è chiesta se sia possibile riconoscere all'organo collegiale una funzione attiva nella determinazione dell'interesse da perseguire (funzione c.d. compositoria), o se, diversamente, esso debba limitarsi ad effettuare una valutazione da più angoli visuali dell'unico interesse sociale, al fine di garantirne il miglior soddisfacimento (funzione c.d. ponderatoria). In materia ha per lungo tempo prevalso l'orientamento tendente a classificare il collegio in questione tra quelli di carattere ponderatorio, essendo stato ritenuto che la struttura consiliare servisse a dotare la società di una pluralità di competenze e di capacità professionali al fine di una più oculata e ragionata gestione dell'impresa²¹⁶.

²¹⁵ Si tratta del pensiero di AULETTA G.G., *La legittimazione dei coniugi agli atti della impresa coniugale*, in *Studi in memoria di Mario Condorelli*, II, Milano, 1988, pp. 112-113. La tesi è ripresa da SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, cit., p. 126, per il quale l'unità di gestione rappresenta la ragione che giustifica la inderogabilità degli assetti disciplinari relativi al consiglio di amministrazione, in essa confluendo anche l'aspetto concernente l'estensione di responsabilità. Segnala l'importanza della coerenza gestoria anche ABBADESSA, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 816.

²¹⁶ In questo ambito, hanno preparato il terreno alla tesi della funzione ponderatoria le parole di OPPO, *In tema di «invalidità» delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 924, ove si riscontra un secco rifiuto dell'ottica per la quale gli amministratori avrebbero potuto legittimamente presentarsi come portatori di interessi della minoranza azionaria. Per la funzione essenzialmente ponderatoria del consiglio di amministrazione, WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 93; ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, pp. 103 e 168; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 25; ID., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 34. Del medesimo avviso, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 402. La prospettiva è stata accolta in giurisprudenza da Cass. 26 novembre 1998, n. 12012, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p. 243, con nota di IRRERA.

Con il passare del tempo, tuttavia, la solidità di questa tesi si è andata progressivamente attenuando, in virtù di incisivi processi evolutivi manifestatisi sia a livello di prassi sia a livello normativo.

Ci si riferisce in primo luogo alla diffusione di meccanismi peculiari di nomina degli amministratori di società per azioni, che hanno determinato, come effetto principale, una maggiore eterogeneità dell'organo gestorio, attraverso la riserva di seggi consiliari alle minoranze azionarie o comunque a gruppi di soci rappresentativi di certi interessi. Questa pratica, concretizzatasi in una notevole varietà di clausole²¹⁷, è stata ritenuta legittima già prima della riforma del 2003, alla luce della previsione dell'art. 2368, comma I, c.c.²¹⁸, ed ha trovato conferme legislative nell'art. 147-ter del decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio del 1998 (c.d. T.U.F.), che impone il ricorso al meccanismo del voto di lista per la elezione degli amministratori delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio²¹⁹. Orbene, di fronte ad una simile composizione del consiglio di amministrazione, si è da taluni prospettata la possibilità di riscontrare, in relazione agli amministratori così nominati, un fenomeno di rappresentatività degli interessi propri di certe "componenti" sociali – per lo più di minoranze qualificate –, che, ponendosi spesso in

²¹⁷ Si tratta, in particolare, dei meccanismi del voto di lista, del voto cumulativo, del voto ridotto, del voto unico e del sistema proporzionale. Per le opportune precisazioni, SCALFI, *Clausole particolari per la nomina di amministratori di società per azioni (art. 2368, comma 1, c.c.)*, in *Riv. soc.*, 1971, p. 40 e ss.; BONELLI-DE ANDRÈ, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, pp. 795-797; CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4*, Torino, 1991, p. 3 e ss.; SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, cit., p. 18 e ss.

²¹⁸ L'articolo in esame, nella sua parte finale, dispone che "per la nomina alle cariche sociali lo statuto può prevedere norme particolari".

²¹⁹ Per il vero, norme peculiari in tema di nomina degli amministratori, incidenti anch'esse sul grado di complessità dell'organo consiliare, erano già state sperimentate dal legislatore con gli articoli 2458 e 2459 c.c., contemplanti l'ipotesi dell'amministratore nominato dallo Stato o dall'ente pubblico, titolare o meno di partecipazione azionaria nella società. Per i problemi suscitati da queste norme prima della radicale revisione del 2003, v., su tutti, ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato o di enti pubblici*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, p. 369 e ss.

collisione con gli interessi della maggioranza, farebbero emergere una funzione compositoria dell'organo gestorio²²⁰.

Da un altro punto di vista, a rendere sempre più plausibile la tesi in discorso ha contribuito anche la serie di trasformazioni che negli ultimi decenni hanno interessato la nozione di interesse sociale. Non si intende in questa sede mettere in discussione il fatto che gli amministratori siano obbligati a perseguire l'interesse sociale, dato da ritenersi ormai pacifico²²¹. Nondimeno, neppure per l'organo gestorio sembra che l'interesse della società si atteggi come un dato unitario, definibile *a priori*, atteso che, sempre più spesso al giorno d'oggi, con la moltiplicazione delle categorie di soggetti coinvolti a pieno titolo nelle vicende societarie²²², gli

²²⁰ STELLA RICHTER JR. M., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, cit., p. 300 e ss., che sviluppa uno spunto di ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1004: per entrambi, la composizione costituirebbe funzione solo eventuale e in ogni caso ulteriore rispetto a quella ponderatoria. Per una netta adesione alla tesi della funzione compositoria, SALANITRO N., *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milano, 1965, p. 177 e ss. Più sfumata la posizione di SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, cit., pp. 114-122, per il quale, in presenza di una composizione eterogenea del consiglio, potrebbe riconoscersi in capo ai suoi componenti solo una funzione dialettica, avente ad oggetto interessi secondari ma sociali, da identificarsi esclusivamente negli interessi al controllo e alla partecipazione nella gestione; respinta è, invece, la tesi della funzione compositoria, per la osservazione (condivisibile) per cui non possono costituire oggetto di composizione consiliare interessi secondari extrasociali (p. 122).

²²¹ Di recente, v. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità delle s.p.a.*, cit., p. 42 e ss., il quale, andando oltre, ha sostenuto anche che, con la riforma del 2003, il nuovo art. 2391 c.c. avrebbe sancito per essi un vero e proprio dovere di fedeltà. In passato, per la tesi largamente minoritaria della insussistenza di un obbligo degli amministratori di realizzare l'interesse sociale v. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4*, Torino, 1991, p. 323 e pp. 372-375.

²²² Si allude, in primo luogo, ai possessori di strumenti finanziari partecipativi, di azioni di risparmio, di azioni correlate, di altre categorie speciali di azioni. Sul punto, v. le approfondite ricostruzioni di CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, cit., pp. 199-213. In secondo luogo, come esattamente scrive il MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, cit., p. 304 e ss., la frammentazione degli interessi degli azionisti può legarsi anche al diverso ruolo da essi assunto nella vita della società, dovendosi in proposito distinguere gli azionisti di controllo, gli azionisti-imprenditori di minoranza, gli azionisti minimi e gli investitori istituzionali (su questo aspetto, v. già AULETTA G.G., *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, p. 25 e ss.): tale pluralismo esigerebbe un'attività di composizione, necessaria per arrivare alla "sintesi" dell'interesse sociale. Sul pluralismo degli interessi sociali anche per gli amministratori, v. pure STELLA RICHTER JR. M., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, cit., p. 298 e p. 310; ANGELICI, *Interesse sociale e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 576 e ss. e LIBONATI, *Riflessioni su "L'interesse sociale" di Pier Giusto Jaeger*, 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. 78 e ss. Altro problema è se la funzione compositoria degli

amministratori si trovano a dover dare contenuto concreto allo stesso, mediando e contemperando varie esigenze, tutte in un certo senso sociali.

Non va, infine, trascurata la rilevanza assunta nel nostro ordinamento dal fenomeno dei gruppi di società, che hanno ricevuto nel 2003 una sia pur limitata attenzione normativa, e che sembrano presentarsi agli occhi dell'interprete come il luogo d'elezione per lo svolgimento di una funzione compositoria del consiglio di amministrazione. In questo contesto, pare possa valorizzarsi soprattutto il disposto dell'art. 2497-ter c.c., per il quale *“le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”*. Già da una lettura superficiale di quest'ultimo inciso risulta evidente che, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, il legislatore ha reputato legittima e normale la prospettazione di diverse visioni dell'interesse sociale, e ha consequenzialmente apportato una deroga alle regole generali dell'impresa mediante la introduzione di un obbligo di motivazione delle decisioni della società²²³.

Tenuto conto di tutte le superiori considerazioni, può forse condividersi oggi il pensiero - espresso in termini dubbiosi ma sotto la vigenza di un quadro profondamente diverso da quello attuale - per il quale non soltanto i *“sintomi statuari”* costituiti dalle particolari clausole di nomina degli amministratori, ma anche *“elementi di tipicità sociale della singola organizzazione societaria”* possono aprire le porte ad una funzione

amministratori possa estendersi ad interessi *“altri”*, come quelli degli *stakeholders*, o se essi possano, come sembra preferibile, funzionare al più come limite all'interesse sociale: sul tema, che si interseca con quello della *Corporate Social Responsibility* e delle società *“benefit”*, v. ancora CORSO, op. loc. ult. cit.; MONTALENTI, op. loc. ult. cit.; TOMBARI, *L'organo amministrativo di s.p.a. tra “interessi dei soci” ed “altri interessi”*, in *Rivista delle società*, 2018, I, p. 20 e ss.

²²³ Anche CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, cit., pp. 256-258, individua uno spazio per la funzione compositoria all'interno dell'art. 2497-ter c.c.

compositoria del consiglio di amministrazione²²⁴. Sul piano fenomenico, ciò avverrà “*quando la società diviene il punto di incontro di posizioni diversificate, e sia intendimento di tutte le sue constituencies rappresentare i diversi interessi nel consiglio, e quindi far sì che essi siano valutati ai fini della gestione dell’impresa sociale*”²²⁵.

Un punto va peraltro sottolineato allo scopo di evitare equivoci: all’interno del consiglio di amministrazione la funzione compositoria (o di mediazione dialettica, secondo un’altra visione²²⁶) può realizzarsi soltanto con riferimento ad interessi secondari di carattere sociale. In altri termini, gli interessi di cui gli amministratori si fanno interpreti²²⁷, in sede consiliare, possono legittimamente concorrere alla definizione della concreta azione sociale soltanto se si ricollegano agli obiettivi comuni dell’art. 2247 c.c., e cioè soltanto se si tratta di interessi che, sebbene facciano capo a gruppi di azionisti e non siano dunque comuni, riguardano le strategie gestionali potenzialmente praticabili per la realizzazione della comune causa societaria.

Entro questi limiti si può convenire con quella dottrina per la quale il riconoscimento della funzione di composizione al consiglio di amministrazione può “*essere utile al fine di meglio circostanziare la disciplina del conflitto di interessi, nel senso cioè di escludere alcuni interessi tra quelli che l’amministratore non potrebbe esprimere* «per

²²⁴ STELLA RICHTER JR. M., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell’interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, cit., p. 309.

²²⁵ Ancora STELLA RICHTER JR. M., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell’interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, cit., p. 312.

²²⁶ Ai fini del nostro discorso, non è decisiva la scelta tra la tesi della composizione e quella della mediazione dialettica, se si mantiene ferma la premessa per cui la funzione del consiglio di amministrazione può investire soltanto interessi secondari ma pur sempre sociali. V. *supra* nota 220.

²²⁷ v. le precisazioni terminologiche di SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, cit., p. 114, il quale sottolinea l’opportunità di evitare in questo discorso l’impiego dell’espressione “*rappresentanza di interessi*”, che evoca la “*cura degli interessi dei rappresentanti in via prevalentemente ascrittiva*”, e preferisce parlare di “*rappresentatività dell’organo amministrativo rispetto alle diverse componenti della compagine sociale*”.

conto... di terzi» in consiglio perché in conflitto con quello della società”²²⁸.

Al contrario sembra che, in presenza di interessi secondari extrasociali portati dagli amministratori, si debba respingere radicalmente l’idea di un’attività compositiva del consiglio, per il quale, diversamente da quanto accade per il socio, il perseguimento dell’interesse sociale costituisce il principale oggetto del rapporto gestorio²²⁹. Qualora, infatti, all’esito di una attenta valutazione, dovesse emergere che l’interesse di un gruppo di soci espresso dall’amministratore non ha carattere sociale, potrebbe profilarsi in capo a quest’ultimo una situazione di “interesse per conto di terzi”²³⁰, con la conseguente applicazione dell’art. 2391 c.c. Non sembra, invece, che la disposizione appena richiamata possa essere ulteriore dimostrazione di funzione compositiva dell’organo di gestione, poiché, come si è visto²³¹, essa, pur non menzionandolo più espressamente, pare ancora dettata in vista della prevenzione e della repressione del conflitto di interessi tra amministratore e società²³². In tal senso depone la previsione normativa che richiede il requisito del danno potenziale ai fini dell’annullamento della delibera consiliare sia nel caso in cui essa sia stata approvata col voto determinante dell’amministratore interessato sia nel caso in cui essa sia

²²⁸ STELLA RICHTER JR. M., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell’interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, cit., p 280.

²²⁹ In tal senso, v. ad esempio ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.* in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 138.

²³⁰ Occorrerà peraltro verificare se vi sia in capo all’amministratore una posizione di interesse al vantaggio del terzo, come si vedrà *infra*. In assenza di interesse, l’operato dell’amministratore vantaggioso per il terzo ma svantaggioso per la società non consentirà l’attivazione del rimedio reale dell’art. 2391 c.c., ma si presterà ad integrare una fattispecie di *mala gestio* rilevante ai fini della configurazione della responsabilità.

²³¹ v. *supra* pp. 29-30.

²³² Ritiene invece che anche l’art. 2391 c.c., per come riformato nel 2003, esprima la possibile funzione compositiva del consiglio di amministrazione CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, cit., pp. 252-254. La posizione si giustifica in quanto l’A. respinge la tesi, qui sostenuta, per cui la norma si manterrebbe ancorata ad una situazione di conflitto di interessi, e reputa che essa debba applicarsi anche nel caso in cui l’amministratore si faccia portatore di interessi di cui non è possibile precisare *ex ante* la relazione con l’interesse sociale.

stata adottata senza il rispetto da parte di costui degli obblighi di comunicazione o senza il rispetto da parte del *plenum* del dovere di motivazione. In effetti, subordinare in ogni caso l'applicazione del rimedio reale alla dannosità potenziale della decisione null'altro può significare se non che quest'ultima deve apparire idonea a porsi in conflitto con l'interesse della società, per via dell'incidenza dell'interesse dell'amministratore. Riprova di ciò si trova, inoltre, nel II comma dell'art. 2391 c.c., che, pur imponendo la motivazione delle delibere consiliari viziate, nettamente si discosta dall'art. 2497-ter c.c. sotto il profilo contenutistico: diversamente dalla normativa in tema di gruppi di società, infatti, in questa sede il legislatore non accenna in alcun modo alla pluralità di interessi da contemperare, esigendo invece adeguati riscontri delle “ragioni e della convenienza per la società dell'operazione”. È ragionevole pensare che il riferimento alla “convenienza per la società” debba essere inteso come necessità di giudicare la rispondenza dell'operazione all'interesse sociale²³³, sicché, dinnanzi alla fattispecie contemplata dal I comma dell'art. 2391 c.c., l'atto verrà compiuto dagli amministratori solo ove esso si riveli particolarmente vantaggioso per la società nonostante la presenza dell'interesse del componente del consiglio. Detto in altro modo, la norma ha solo inteso evitare che la società sia privata di un affare favorevole per la mera presenza di un amministratore interessato, mentre viene ulteriormente confermato il fatto che, a differenza del socio, all'amministratore non è consentito perseguire interessi personali extrasociali, tant'è vero che, pure nel caso in cui la delibera consiliare non venga annullata per difetto di dannosità potenziale, egli andrà incontro a possibili sanzioni, come la revoca.

²³³ Così anche MAFFEIS, *Il particolare rigore della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 1065.

A conclusione di queste riflessioni, può affermarsi allora che gli amministratori godono di un potere discrezionale²³⁴, anche se questo si colloca pur sempre in un contesto caratterizzato dal perseguimento di fini esclusivamente privati, consistenti nella massimizzazione della ricchezza.

Lo stesso esito illustrato nel precedente paragrafo per i soci può essere pertanto raggiunto anche per gli amministratori, sia pur con gli adattamenti visti sopra.

Sul punto, ciò che appare irrinunciabile è che essi ottimizzino i risultati di gestione in modo da creare valore per gli azionisti, senza appropriarsi di utilità personali²³⁵.

Anche con riguardo agli amministratori, dunque, si spiega perché il legislatore non abbia dato rilevanza alle semplici relazioni intercorrenti con i terzi, alcuni dei quali potrebbero tra l'altro esprimere istanze conciliabili con la comune causa lucrativa dell'art. 2247 c.c.²³⁶ La dimensione patrimoniale in cui ci si muove dà conto del perché, anche qui, il legislatore ha ritenuto opportuno applicare la disciplina sugli interessi solo allorquando l'operazione gestoria investa terzi, portatori di interessi extrasociali, *per conto dei quali gli amministratori abbiano un interesse*²³⁷.

²³⁴ In parziale riforma di quanto sostenuto in precedenza (v. nota 229), per 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)*, cit., p. 50 e ss., l'esercizio in concreto di questo potere, spesso non facilmente sindacabile, aprirebbe le porte al perseguimento di molteplici interessi, tra i quali quello dei soci non rappresenterebbe il contenuto positivo di un obbligo, bensì un criterio per porre un limite a tale discrezionalità e alla realizzazione di altri interessi.

²³⁵ In questo senso, GUIZZI, *Interessi degli amministratori e operazioni con parti correlate*, in AA. VV., *La governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma*, coordinato da Marchetti-Santosuosso, cit., p. 166.

²³⁶ Del resto, già ASCARELLI, *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 739, evidenziava che il conflitto di interessi dell'amministratore si pone tra interesse extrasociale di questo e interesse comune dei soci.

²³⁷ Si conferma anche per gli amministratori la razionalità di un sistema basato sulla presenza di un interesse personale. Se così non fosse, potrebbero riproporsi anche per essi gli inconvenienti paventati per i soci nelle pp. 79-80. Si potrebbe pensare alla elaborazione di una clausola generale rinviante ai rapporti in grado di compromettere l'indipendenza dell'amministratore, ma sul punto v. le conclusioni del paragrafo successivo.

9 – Segue. Fattispecie di conflitto di interessi a confronto.

Una volta poste le premesse di cui ai due paragrafi precedenti, può essere interessante notare come la normativa sul conflitto di interessi del diritto societario diverga da quella di altri settori del diritto.

Iniziando dal campo privatistico della rappresentanza, gli artt. 1394-1395 c.c. non attribuiscono espressamente rilevanza agli interessi dei terzi ma, ciò nonostante, le disposizioni sono sempre state interpretate in tal senso dalla dottrina e dalla giurisprudenza²³⁸. In questo contesto, il rappresentante è chiamato a perseguire l'interesse di un soggetto, (tendenzialmente) determinato e cristallizzato, sicché può ammettersi che *ogni* considerazione di interessi altrui²³⁹ debba essere scongiurata e sanzionata con l'annullabilità del negozio compiuto.

Queste conclusioni non possono tuttavia ripetersi con troppa disinvoltura per il diritto societario, come si è ampiamente visto in precedenza, vista la impossibilità di assimilare il rapporto tra il socio o l'amministratore e l'interesse sociale al rapporto che corre tra rappresentante e rappresentato.

Da un altro angolo visuale, inoltre, occorre evidenziare che le ragioni sottese alla disciplina delle società per azioni non si riscontrano in altri campi del diritto, con la conseguenza che in questi ultimi il legislatore non ha costruito la fattispecie di conflitto di interessi sulla falsariga di quanto previsto dagli artt. 2373 e 2391 c.c., ma ha elaborato un modello

²³⁸ In dottrina v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 495; BIANCA C.M., *Il contratto. Diritto Civile*, III, cit., p. 96, ove l'A. chiarisce che ciò che deve escludersi è il perseguimento da parte del rappresentante del *suo esclusivo interesse*, mentre deve ammettersi che questi agisca *anche nel proprio o nell'interesse altrui*, nella particolare evenienza del mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi *ex art. 1723, II comma, c.c.* In giurisprudenza, per tutte, Cass. 16 febbraio 1994, n. 1498; Cass. 8 marzo 2017, n. 5794, cit.

²³⁹ E, si badi, non già la cattiva cura dell'altrui interesse, giacché ciò assume rilievo come inadempimento.

pienamente autonomo e più in linea con la diversa *ratio* emergente in quel microsistema.

Sotto questo punto di vista, netta è ad esempio la differenza rispetto alla normativa sul conflitto di interessi di tipo pubblicistico, dove, nella totalità dei casi, la rilevanza degli interessi dei terzi non è subordinata alla presenza di una situazione di cointeressenza dell'agente, ma richiede solamente che i predetti terzi rientrino in alcune delle categorie predeterminate dalle norme.

Così, ad esempio, nell'art. 78, II comma, del Decr. Lgs. 267 del 2000, recante il c.d. Testo Unico degli Enti Locali, a tenore del quale *“gli amministratori di cui all'art. 77, II comma, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado”*.

Ancora, si consideri l'art. 42 del Decr. Lgs. 50 del 2016, recante il nuovo codice degli appalti pubblici, per il quale il conflitto di interessi sussiste quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi, che interviene nella procedura di aggiudicazione o può in qualsiasi modo influenzarne il risultato, abbia, *“direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come minaccia alla sua imparzialità e indipendenza”*. La norma in esame rinvia all'art. 7 del D.P.R. 62 del 2013, in tema di obblighi di comportamento dei dipendenti pubblici, secondo cui *“il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o di debito significativi, ovvero di soggetti od*

organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza”.

Tutte le norme brevemente richiamate - alle quali va aggiunto l'art. 6-bis della legge 241 del 1990²⁴⁰ - invero ricalcano la struttura dell'art. 51 c.p.c., che, pur dettando la specifica regolamentazione del dovere di astensione del giudice, costituisce il modello sul quale è forgiata ogni versione del conflitto di interessi di diritto pubblico.

In questo settore, infatti, il nodo centrale è rappresentato dall'esigenza di garantire tutela contro le minacce alla imparzialità e alla indipendenza²⁴¹, sicché può bastare ad integrare la fattispecie la ricorrenza dell'interesse di un terzo in qualche modo collegato al soggetto operante, senza che occorra dimostrare alcuna “*compartecipazione*” di quest'ultimo ai risultati dell'atto da compiersi.

Al contrario, vista la differente *ratio* della relativa normativa, né per il socio né – sebbene con delle specificazioni di cui subito si dirà – per l'amministratore è possibile predicare gli attributi della indipendenza e

²⁴⁰ Gli esempi potrebbero continuare: v., tra gli altri, l'art. 3 della l. 215 del 2004, in materia di conflitto di interessi per i titolari di cariche di governo, che, peraltro, si appresta ad essere sostituito da un nuovo testo attualmente oggetto di esame al Senato, che è possibile visualizzare in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00970130.pdf> (cfr. soprattutto p. 37).

²⁴¹ Così CASSESE, *Conflitto di interessi: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 2, p. 235 e ss., per il quale, in virtù dell'art. 97 Cost., la “*funzione pubblica deve essere neutrale rispetto agli interessi*” e “*deve essere disinteressata rispetto alla fattispecie in ordine alla quale deve provvedere*”, con la conseguenza che “*il funzionario deve essere neutrale anche nei confronti dei propri interessi, con i quali è più facile che la cura degli interessi pubblici affidati dalla legge all'ufficio e al funzionario venga in contrasto*”. V. anche CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, p. 797 e ss., ove l'A. riferisce di un'altra corrente di pensiero, per la quale il conflitto di interessi in ambito pubblicistico andrebbe valutato non con riguardo al principio di imparzialità inteso in astratto, bensì con riguardo all'interesse pubblico reale, concreto. Anche aderendo a questo indirizzo, condiviso ad esempio da TAR Piemonte n. 125 del 2015, nulla cambia per il tema esaminato, poiché ciò su cui si concentra l'attenzione è il buon andamento della P.A. che, correlandosi sempre all'interesse pubblico, si rivela irriducibile alle logiche privatistiche patrimoniali. Sulla necessità di verificare se il provvedimento adottato dall'amministratore pubblico in conflitto possa avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato, v. di recente IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 62 e ss.

della imparzialità, perlomeno nel senso ad essi attribuito nel pensiero giuspubblicistico²⁴².

Quanto all'azionista, è evidente che egli esercita il suo diritto di voto per conseguire il massimo profitto, nel suo personale interesse, salvo naturalmente il limite invalicabile del conflitto di interessi dannoso per il patrimonio della società.

Anche se in modo più moderato, il discorso può essere esteso agli amministratori, poiché la pur innegabile crescita di attenzione per i profili di corretta gestione dell'impresa si è tradotta solamente nella generale *possibilità* per gli statuti, ai sensi dell'art. 2387 c.c., di subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di requisiti speciali di indipendenza, oltre che di professionalità e onorabilità, mentre, per le società quotate, dove tale tendenza si è spinta oltre, si è giunti al massimo ad imporre come obbligatoria la presenza di *almeno un consigliere di amministrazione indipendente (o almeno due, se il consiglio è composto da più di sette membri)*, secondo il disposto dell'art. 147-ter, IV comma, del Decr. Lgs. 58 del 1998. Risulta pertanto evidente che all'interno del consiglio di amministrazione di una società, salve le precisazioni appena fatte, potrà sedere legittimamente un amministratore non indipendente. Deve poi ricordarsi che la nozione di indipendenza va ricostruita in prevalenza attraverso il richiamo alla casistica individuata, in materia di incompatibilità dei sindaci, dall'art. 2399 c.c. (e 148, III comma, del Decr. Lgs. 58 del 1998 per le società quotate)²⁴³, e che, di conseguenza, i soggetti dai quali gli amministratori non devono essere dipendenti sono

²⁴² v. ancora CASSESE, *Conflitto di interessi: il fiume di Eraclito*, cit., pp. 236-237, che rileva come sia insensato tentare di spiegare la disciplina del conflitto di interessi extrapubblicistico partendo dalla regola per cui gli scopi privati non possono interferire con i pubblici poteri.

²⁴³ In questo senso anche il Regolamento Consob n. 17221 del 12 marzo 2010, in tema di operazioni con parti correlate. Vanno, però, fatti salvi gli eventuali ulteriori requisiti stabiliti dalla stessa società o da normative settoriali.

essenzialmente i soci di controllo e il *management*²⁴⁴. Tutto questo, oltre a sollevare degli interrogativi sulla adeguatezza di tale nozione rispetto ai fini che essa si propone di raggiungere, dimostra ancora la limitata latitudine del requisito di indipendenza dell'organo gestorio²⁴⁵.

È possibile illustrare più compiutamente le superiori affermazioni attraverso degli esempi. Si immagini la vicenda del presidente di una commissione di concorso per posti dirigenziali, che si trovi a dover valutare come concorrente la fidanzata del figlio²⁴⁶. Non risulta difficile in questa occasione riconoscere la sussistenza di un conflitto di interessi, in quanto, rimanendo sempre sullo sfondo l'interesse pubblico, può all'uopo bastare che vi sia un sospetto di violazione dei principi di imparzialità, di trasparenza e di parità di trattamento²⁴⁷. Non altrettanto facile sarebbe, invece, asserire la ricorrenza di un conflitto di interessi in capo ad un amministratore di società, ove questi fosse chiamato a decidere circa il compimento di un'operazione che vede come controparte un soggetto nei confronti del quale egli nutre un affetto profondo, che però non si accompagna ad alcun tipo di condivisione di vantaggi materiali.

In conclusione di questa indagine può rilevarsi, pertanto, che gli artt. 2373 e 2391 c.c. configurano un autonomo modello di fattispecie di conflitto di interessi, radicalmente diverso da quello dell'area pubblicistica e proprio del diritto societario, nel quale la imprescindibile condizione affinché assumano rilevanza gli interessi di terzi è costituita dalla presenza

²⁴⁴ Sul punto, estremamente utile la riflessione di FERRO-LUZZI, *Indipendenti...da chi; da cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 204 e ss.

²⁴⁵ Contrariamente a quanto sostenuto, invece, da GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità delle s.p.a.*, cit., p. 42 e ss.

²⁴⁶ Si tratta del caso affrontato da TAR Abruzzo, Pescara, 19 febbraio 2015 n. 84.

²⁴⁷ Così si esprime ancora TAR Abruzzo, Pescara, 19 febbraio 2015 n. 84, cit., dove, confermandosi quanto riferito *supra*, si richiama anche la figura generale dell'art. 51 c.p.c.

di un cointeresse del votante, che ha ad oggetto l'affare favorevole per il terzo²⁴⁸.

In questo autonomo modello, per le ragioni sopra illustrate, sembra anche che possano essere considerati solo gli interessi di natura patrimoniale²⁴⁹.

²⁴⁸ Sia pur incidentalmente, va ricordato tuttavia che quello del diritto societario non costituisce l'unico modello di conflitto di interessi del diritto commerciale. Sotto quest'ultimo profilo, risulta evidente la diversità della soluzione adoperata in sede di disciplina del concordato fallimentare e preventivo, negli artt. 127, V e VI comma, e 177, IV comma per come modificato dal Decr. Lgs. 83 del 2015, della l. fall., nei quali si contempla l'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze a carico del coniuge del debitore, dei suoi parenti e affini fino al quarto grado, della società controllante o controllata o sottoposta a comune controllo, di coloro che siano divenuti cessionari o aggiudicatari dei crediti di dette persone da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento. Ci si può chiedere quale sia la ragione per cui in questa occasione il legislatore accantona la nozione di interesse per conto di terzi per utilizzare schemi più spigolosi di tipo presuntivo, slegati da un accertamento specifico del rapporto tra l'imprenditore in crisi o fallito e il votante. Una risposta può essere trovata se si considera che l'attività di impresa, in tale evenienza, sta per terminare ed occorre assicurare massima tutela ad una specifica categoria di soggetti, i creditori. Va comunque ricordato che, sebbene le norme richiamate possano apparire tassative, una parte della dottrina ha prospettato la possibilità di costruire una disciplina generale del conflitto di interessi anche nel concordato, argomentando dalla configurabilità, in capo ai creditori, di un interesse comune alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione e alla celerità della procedura. A partire da questa premessa, si è sostenuto che il conflitto sussista allorché un creditore sia mosso da un interesse particolare, anche "per conto di terzi", non condiviso dagli altri creditori, fondato non già sulla partecipazione al concorso quanto su una situazione esterna del creditore interessato, e contrario, infine, all'interesse comune testé individuato. In tal senso v. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, 3, p. 392 e ss.; ID., *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in *Fallimento*, 2012, p. 766 e ss., ove si propone quale soluzione ideale la creazione (obbligatoria) di una classe riservata ai creditori in conflitto di interessi, che avrebbe l'effetto positivo di non precludere totalmente l'accesso alla votazione agli stessi. Nel medesimo ordine di idee anche STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 223; SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, p. 32 e ss.; FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 212 e ss. *Contra*: AMBROSINI, *La deliberazione del concordato*, in *www.ilcaso.it*; TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, p. 413 e ss. Tali autori evidenziano l'impossibilità di ravvisare un conflitto meritevole di disciplina generale nella procedura concordataria, in quanto, in sede di adunanza dei creditori, questi ultimi traggono la loro legittimazione da un mero rapporto di credito con l'imprenditore, senza essere legati da alcun vincolo di solidarietà con gli altri creditori che possa sfociare in un interesse comune; in altri termini, si aggiunge, ciascun creditore è chiamato a valutare la convenienza della proposta dal proprio personale punto di vista e non nella prospettiva della massa considerata nel suo complesso, la quale non costituisce un soggetto giuridico autonomo del quale i creditori siano partecipi. Nello stesso senso v. in giurisprudenza Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *www.ilcaso.it*.

²⁴⁹ Questa conclusione potrebbe trovare una giustificazione se si tiene a mente che, come segnalato da un'attenta dottrina, la norma giuridica, nel porre un concetto giuridico di interesse, può elaborarne uno nuovo o far riferimento comunque a particolari accezioni di esso, come quella economica di convenienza patrimoniale: v. sul punto GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 118 (n. 64). Da questo angolo visuale, come si vedrà meglio *infra*, l'impiego del sintagma "per conto" negli artt. 2373 e 2391 c.c. sembra deporre per la natura esclusivamente economica dell'interesse personale del socio o dell'amministratore; nettamente diverso invece il concetto di interesse fatto proprio ad esempio dall'art. 7 del citato D.P.R. 62 del 2013, dove il conflitto può investire interessi "anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di volere assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici".

10 – Definizione di interessi per conto di terzi.

Si è più volte ripetuto che l'interesse per conto di terzi rappresenta pur sempre un interesse del socio o dell'amministratore. Non è stato però finora chiarito quale sia la sua peculiare natura, che lo separa dall'interesse per conto proprio.

Per rispondere a tale interrogativo è opportuno prendere le mosse dal dato letterale e focalizzare l'attenzione sul sintagma “*per conto*”. Esso non integra in fondo un elemento sconosciuto al nostro ordinamento, atteso che si tratta di una terminologia familiare alla disciplina del mandato, a partire già dalla sua definizione contenuta nell'art. 1703 c.c. quale contratto in forza del quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.

La precisazione del significato della formula “*per conto*”²⁵⁰ ha peraltro costituito terreno di scontro per la tradizione civilistica italiana, nell'ambito della quale si sono sviluppate molteplici ricostruzioni, che, con uno sforzo di sintesi, è possibile far confluire in due orientamenti.

Più in dettaglio, per una prima tesi, con questa espressione si dovrebbe far riferimento alla dimensione giuridica, per cui l'agire “*per conto altrui*” si tradurrebbe in una attività idonea a produrre conseguenze giuridiche nella sfera giuridica altrui, segnatamente in quella del mandante. Diversamente, l'agire “*nell'interesse altrui*”, secondo la dicitura dell'art. 1388 c.c. in tema di rappresentanza, alluderebbe alla dimensione

²⁵⁰ v. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1957, p. 3 e ss., in cui l'A. afferma che “*la formula per conto altrui rivela palesemente la sua origine contabile, nell'ambito dei rapporti commerciali: un commerciante, che agisca per un altro, predispone un conto, e vi annota le poste attive e passive relative all'affare, accreditando o addebitando all'intestatario del conto il saldo attivo o passivo. Il nucleo giuridico, che l'indicato procedimento contabile adombra, consiste nella deviazione del risultato dell'attività di un soggetto, ad altro soggetto: o – visto il fenomeno dall'opposto angolo visuale – nell'incidenza nella sfera giuridica di un soggetto del risultato del fare di un soggetto diverso*”.

economica, nel senso che determinati esiti dell'attività potrebbero essere di pertinenza anche di soggetti diversi dal rappresentato-mandante²⁵¹.

Altra corrente, invece, sostiene che nella rappresentanza il negozio si allontanerebbe dall'agente al momento della sua giuridica venuta ad esistenza, mentre nella gestione per conto altrui tipica del mandato vi sarebbe una deviazione del negozio dall'agente nel suo momento economico sostanziale: l'agire per conto altrui allora non si sostanzierebbe tanto nella destinazione al mandante degli effetti giuridici degli atti compiuti, quanto piuttosto nella deviazione in suo favore degli effetti economici degli stessi²⁵². Pertanto, il mandante, ossia il soggetto per conto del quale si agisce, costituirebbe il vero titolare dell'affare, al quale, in forza del rapporto di gestione tra agente-gestore e sostituto-gerito quale configurato sin dall'inizio, verranno destinati i risultati pratici finali dell'atto compiuto, mediante gli appositi congegni tecnico-giuridici caratteristici del contratto di mandato (artt. 1707-1708 c.c.)²⁵³.

A prescindere dall'adesione alla prima o alla seconda teoria – che, invero, appare maggiormente fondata - proprio quest'ultimo dato²⁵⁴ risulta utile per la comprensione del concetto di interesse di cui agli artt. 2373 e 2391 c.c. Fermo restando che nel campo in questione non ci troviamo all'interno di un mandato e che quindi non serve per il momento discutere di deviazione di effetti, sembra ragionevole ritenere che il legislatore, nel qualificare l'interesse del socio o dell'amministratore come “*per conto proprio o di terzi*”, abbia richiesto in primo luogo il compimento di un affare (una delibera o un'operazione) suscettibile di toccare la sfera economica di un soggetto, che ne è, in un certo senso, il titolare: orbene,

²⁵¹ Così, ad esempio, CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1983, p. 105.

²⁵² Così soprattutto LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2007, p. 4 e ss.

²⁵³ Ancora LUMINOSO, *Il mandato*, cit., p. 4 e ss.; ID., *Mandato, commissione e spedizione*, Milano, 1984, p. 5 e ss.

²⁵⁴ Sulla titolarità dell'affare insiste anche NUZZO, *Mandato conferito nell'interesse altrui*, cit., p. 87 e ss.

tale *dominus* dell'atto sarà rappresentato, nel caso di interesse per conto proprio, dallo stesso socio o amministratore, mentre, nel caso di interesse per conto di terzo, da quest'ultimo²⁵⁵.

Rimanendo nell'area dell'interesse per conto di terzo, occorre, poi, perché sia realizzata la fattispecie, che il socio o l'amministratore abbia un personale interesse a che sia compiuto l'atto vantaggioso per il terzo, anche se siffatto interesse non deve essere assimilabile a quello di quest'ultimo, che dell'affare è il titolare. Deve perciò trattarsi di un interesse che può essere soddisfatto mediante un'attribuzione patrimoniale al terzo.

Ancora una volta un ausilio per la ricostruzione della nozione studiata può essere tratto dallo strumentario giuridico civilistico. Un fenomeno di cointeressenza di natura simile si ritrova, infatti, nella disciplina del mandato e, specificamente, in quella del mandato conferito nell'interesse del mandatario o di un terzo²⁵⁶, in quanto anche in esso vi è un soggetto (il mandatario o un terzo) interessato al compimento di un affare ricadente nella sfera di un'altra persona (il mandante)²⁵⁷.

La figura va però naturalmente calata nel discorso attuale. In particolare, deve segnalarsi che, nella situazione di interesse per conto di terzi del diritto societario, il ruolo che nel mandato c.d. interessato è svolto dal mandante è qui assunto dal terzo (vero *dominus* dell'affare), mentre il socio o l'amministratore ricopre la posizione che in quella singolare forma di mandato è occupata dal mandatario o dal terzo.

²⁵⁵ E si ricordino, sul punto, le parole di ROSSI G., *Sul significato dell'avverbio "indirettamente" nell'art 38 della legge bancaria*, cit., p. 170 e ss.

²⁵⁶ La legge si occupa di questo istituto per sancire la regola della irrevocabilità, salvo che ricorra una giusta causa o che sia diversamente stabilito. Per una compiuta indagine sul problema, v. soprattutto NUZZO, *Mandato conferito nell'interesse altrui*, cit., p. 1 e ss.

²⁵⁷ A conferma del parallelismo, BAVETTA, *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 321 e ss., precisa che, nel mandato interessato, il mandatario o il terzo ha interesse non *nel* mandato, bensì *al* mandato, cioè al compimento dell'affare.

Anche in ambito societario, inoltre, si pone il problema di stabilire quando sussista l'interesse all'atto favorevole per il terzo. Sul punto, nella riflessione condotta sul mandato *ex art. 1723, II comma, c.c.*, si contrappongono due diverse tesi.

Secondo un primo orientamento, l'interesse del mandatario o del terzo può penetrare nel mandato solo ove ricorra un rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario o terzo, antecedente o coevo al mandato, e a questo collegato, di modo che l'esecuzione del mandato sia strumentale all'attuazione dell'interesse del mandatario o del terzo dedotto nello stesso rapporto obbligatorio²⁵⁸. Trasponendo ciò nel diritto societario, potremmo innanzitutto affermare che, ad esempio, rispetto ad un'operazione societaria sottoposta all'esame del consiglio di amministrazione e vantaggiosa per un terzo, sia portatore di interesse per conto di quest'ultimo l'amministratore suo creditore, poiché l'attribuzione patrimoniale al terzo è suscettibile di giovare all'interesse del votante, nella misura in cui accresce la garanzia che assiste la sua pretesa obbligatoria.

Come è stato messo in evidenza da un altro condivisibile orientamento, v'è peraltro da credere che l'art. 1723, II comma, c.c. non debba essere circoscritto alla sola eventualità di un rapporto obbligatorio tra il mandante e il mandatario o il terzo²⁵⁹. Sembra, infatti, che, nel silenzio del dato letterale - che non contiene riferimento alcuno ad obbligazioni -, qualunque interesse, anche non giuridico, possa integrare la

²⁵⁸ A favore di questa tesi è orientata la maggior parte della dottrina: v. ad es. BAVETTA, *Mandato (dir. priv.)*, cit., p. 321 e ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 799; MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., p. 189 e ss., per il quale essa sarebbe suffragata dai lavori preparatori al codice, visto che l'attuale art. 1723, II comma, c.c. sarebbe il diretto discendente dell'art. 581 del Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti e, poi, dell'art. 571 del Progetto di Libro delle obbligazioni e contratti del 1936, che statuiva l'irrevocabilità assoluta del mandato solo "quando sia stato dato in esecuzione di un'obbligazione del mandante verso il mandatario"; di identico avviso BOCCHINI, *Mandato in rem propriam e contratto atipico*, in *Giur. comm.*, 1992, II, 6, p. 975. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. 28 ottobre 2011, n. 22529.

²⁵⁹ Ci si riferisce alla posizione di NUZZO, *Mandato conferito nell'interesse altrui*, cit., p. 104 e ss. e 149 e ss. (in specie p. 153).

fattispecie considerata dalla norma. Anche in tale occasione s'impone, però, un adattamento per il diritto societario, nell'ambito del quale non può trovare spazio quel meccanismo di selezione degli interessi rilevanti che nel mandato interessato è costituito dalla volontà del mandante²⁶⁰. Ciò in quanto non è di certo possibile condizionare l'applicazione dell'apparato normativo degli artt. 2373 e 2391 c.c. alla manifestazione di volontà da parte dei soggetti coinvolti.

Consequenzialmente, in questa sede, la giusta esigenza di evitare una moltiplicazione delle situazioni di interesse dovrà essere perseguita attraverso una riaffermazione dei punti fermi di cui si è più volte detto nel corso della trattazione: la natura esclusivamente oggettiva dell'interesse e la sua anteriorità rispetto alla delibera o operazione su cui occorre pronunciarsi.

Tirando le fila del discorso, sussiste interesse per conto di terzi quando un socio o un amministratore medio possa rappresentarsi obiettivamente di ricavare un vantaggio patrimoniale da un'operazione che in via immediata investe esclusivamente la sfera del terzo, e che solo in via mediata si ripercuoterà sulla propria.

Per riprendere la terminologia impiegata da autorevole dottrina commercialistica²⁶¹, si può continuare a parlare di interesse come di relazione tra un soggetto, cui fa capo un bisogno, e un bene idoneo a soddisfare quel bisogno; tuttavia, nel caso di interesse per conto di terzi, quel bene è costituito da un affare (che inizialmente risulta solo) favorevole per il terzo.

Va ad ogni modo precisato che il vantaggio per il portatore dell'interesse sarà, oltre che mediato, anche soltanto potenziale, perché,

²⁶⁰ Alla quale deve ritenersi subordinata la rilevanza dell'interesse, secondo NUZZO, *Mandato conferito nell'interesse altrui*, cit., pp. 154-157.

²⁶¹ JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, cit., p. 1 e ss.

non essendoci necessariamente un accordo tra i soggetti, il terzo non deve ritenersi obbligato a rendere il votante partecipe di tutta o di parte dell'utilità da lui conseguita. In altri termini, la normativa si applicherà allorché si prospetti il rischio che il socio o l'amministratore strumentalizzi l'operazione societaria per condurne, in parallelo, una personale con il terzo.

A conclusione di questa ricostruzione, può infine osservarsi che la nozione di interesse per conto di terzi così delineata non risulta estranea alla prassi né tantomeno alla riflessione dottrinale. Possono immaginarsi, a titolo di esempio, alcune ipotesi.

Si pensi alla vicenda di un socio, bisognoso di credito, che si ritrovi a dover esprimere il proprio voto in merito al compimento di un'operazione sociale obiettivamente vantaggiosa per una banca, e si ipotizzi che questa, pochi giorni prima della riunione assembleare, abbia lasciato intendere al primo, per il tramite di alcuni suoi dipendenti, di essere disposta a concedere un mutuo a condizioni più favorevoli rispetto ai valori di mercato²⁶². In tale circostanza, l'azionista, in base alle conoscenze acquisite anteriormente alla delibera, può in quel momento rappresentarsi come oggettivamente conveniente il voto a favore della banca, in quanto è ragionevolmente prevedibile, alla luce delle circostanze esistenti, che essa concederà il mutuo alle migliori condizioni sopra riferite. Non può, del resto, riconoscersi un interesse per conto proprio, in quanto il vantaggio patrimoniale non passerà nella sfera del votante immediatamente, ma solo in via mediata, né è certo se ciò accadrà oppure no²⁶³.

²⁶² Si tratta di un caso elaborato da JAEGER P.G., *Ammissibilità e limiti dell'accordo di "cessione" del voto in cambio di "corrispettivo" (con considerazioni in merito alla c.d. "vendita del voto")*, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 240 e ss.

²⁶³ Per una ipotesi simile, v. anche SALAFIA, *Il conflitto di interessi nelle società di capitali*, in *Le società*, 1996, 4, p. 393.

Un altro caso riconducibile alla nozione di interesse per conto di terzi sembra anche quello esaminato di recente da una sentenza del Tribunale di Roma del 2017²⁶⁴. Nella specie, si trattava di un giudizio di impugnazione di una delibera assembleare con la quale una società a responsabilità limitata aveva, in primo luogo, deciso di non proporre opposizione avverso un decreto ingiuntivo ottenuto nei suoi confronti da altra società e, in secondo luogo, di rinunciare ad un credito vantato nei confronti di una terza società fallita, per la quale aveva contestualmente promosso domanda di concordato fallimentare nelle vesti di assuntore.

Sotto il primo profilo, il giudicante ha ritenuto sussistente il conflitto di interessi per il fatto che uno dei soci partecipanti alla votazione era interessato al pagamento, in favore della società ingiungente, delle somme oggetto del decreto ingiuntivo, costituito, per gran parte, dai corrispettivi dovuti al socio medesimo, direttore dei lavori svolti per la società creditrice²⁶⁵.

Quanto al secondo punto, invece, sono stati ravvisati i presupposti di cui all'art. 2373 c.c. in capo a due soci, atteso che la rinuncia al credito già insinuato allo stato passivo e la contemporanea ammissione al concordato della terza società fallita, della quale essi erano stati amministratori, avrebbero ragionevolmente offerto loro una prospettiva di vantaggio mediato e potenziale, consistente nell'attenuazione delle conseguenze penali connesse ad un procedimento avviato a loro carico per il reato di bancarotta fraudolenta²⁶⁶.

²⁶⁴ Trib. Roma 23 gennaio 2017, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it. Nella sentenza, peraltro, non si utilizza espressamente la formula di interesse per conto di terzi.

²⁶⁵ Per questo specifico vizio, tuttavia, la domanda di annullamento è stata rigettata perché il voto del socio interessato non ha avuto rilievo determinante ai fini della approvazione della delibera. Va altresì segnalato che il giudice non ha ritenuto, in questo contesto, che un'altra socia versasse in conflitto di interessi per conto del primo, sebbene fosse parente di questo.

²⁶⁶ Trib. Roma 23 gennaio 2017, cit., nella quale al giudice pare non possa dubitarsi che *“i soci F. e U. T. fossero portatori di un interesse personale a che la P. formulasse la proposta di concordato: invero, nel*

caso di deliberazione favorevole, ciò avrebbe comportato la chiusura della procedura fallimentare a carico della G. s.r.l., in relazione alla quale detti soci, nella veste di ex amministratori della fallita, sono stati chiamati a rispondere del reato di bancarotta fraudolenta. Non può, d'altra parte, non rilevarsi che la decisione in questione, implicante per la P. un sicuro effetto pregiudizievole (quale rinuncia ad un consistente credito di certa realizzazione) nonché impegni economici significativi, non è stata in alcun modo preceduta da un'adeguata ponderazione delle effettive conseguenze della complessiva operazione deliberata a carico del patrimonio sociale e, dunque, dal vaglio dell'interesse sociale alla stessa".

CAPITOLO III: ITINERARI GIURISPRUDENZIALI SUGLI INTERESSI PER CONTO DI TERZI E RIMEDI CONTRO LE INTERFERENZE DI INTERESSI

1 – Riepilogo delle conclusioni precedenti e prospetto dell’indagine.

Nelle pagine precedenti si è proposto di interpretare la formula dell’interesse “*per conto di terzi*” come interesse personale del socio o dell’amministratore suscettibile di essere soddisfatto mediatamente da una operazione societaria, favorevole in via immediata solo per un soggetto terzo. Ciò che occorre accertare per l’applicazione degli artt. 2373 e 2391 c.c. è pertanto se la delibera apparentemente vantaggiosa solo per un terzo risponda anche ad un interesse del votante, sebbene essa non espliciti subito i suoi effetti positivi sul patrimonio di quest’ultimo.

A sostegno di questa visione può addursi, come si è visto, una pluralità di argomenti di varia natura.

In primo luogo, sul piano letterale, la ricostruzione prospettata rientra astrattamente tra i possibili significati della espressione in discorso²⁶⁷, e

²⁶⁷ Si consideri, incidentalmente, che caratteri simili a quelli qui visti si riscontrano, oltre che nell’ambito del già menzionato mandato nell’interesse di terzi, anche nel contratto di assicurazione. Si allude, segnatamente, all’art. 1894 c.c. che, con una rilevantissima assonanza con il lessico degli artt. 2373 e 2391 c.c., menziona la figura dell’assicurazione “*per conto altrui*”, dove il sintagma “*per conto altrui*” sembra presupporre non tanto o non solo una gestione del contraente nell’interesse del terzo (secondo lo schema dell’agire per conto altrui e del mandato senza rappresentanza), quanto piuttosto un interesse del contraente a favorire il terzo con un contratto di assicurazione. Quest’ultima affermazione può risultare confermata se si aderisce alla tesi per la quale l’assicurazione per conto altrui rappresenterebbe una ipotesi particolare di contratto a favore di terzi, con conseguente necessità di appurare la presenza di un interesse dello stipulante ai sensi dell’art. 1411 c.c.: in questo senso, SCALFI, *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, p. 45; COTTINO-IRRERA, *L’assicurazione contro i danni*, in CAGNASSO-COTTINO-IRRERA, *L’assicurazione: l’impresa e il contratto*, X, Padova, 2001, p. 100; VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione contro i danni*, in *Digesto comm.*, I, Torino, 1987, p. 407 e ss.; FARENGA, *Manuale delle assicurazioni private*, Torino, 2016, p. 172 e ss.; Cass. 20 marzo 1990, n. 2332, in *Giur. civ.*, 1990, I, p. 2067 e ss.; Cass. 20 agosto 1997, n. 7769, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1455 e ss.; Cass. S.U. 6 maggio 2000, n. 295, in *Dir. giust.*, 2000, p. 58 e ss.; Cass. 5 giugno 2007, n. 13058, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it. Non mancano però voci contrarie: v., ad esempio, VENDITTI, *L’assicurazione di interessi altrui*, Napoli, 1961, p. 65 e ss; in giurisprudenza, per l’esclusione dell’applicazione dell’art.

sono anzi le tesi alternative a presentare maggiori profili di incoerenza con il testo delle disposizioni esaminate. Da un lato, infatti, la nozione di “*agire per conto altrui*”, più volte invocata, non sembra calzante rispetto ad una fattispecie descritta dalla legge in termini di titolarità di interessi. Da un altro lato, è difficile sostenere che l’interesse “*per conto di terzi*” si risolva nella interposizione di persona, atteso che, se questa fosse stata l’intenzione del legislatore, si sarebbe potuta impiegare la diversa terminologia ben collaudata nel settore bancario delle obbligazioni assunte dagli esponenti aziendali. Infine, sempre su questo terreno, le norme in esame non paiono attribuire peso decisivo in sé a determinate relazioni tra il terzo e il votante: non figura infatti alcuna elencazione dei rapporti meritevoli di considerazione né tantomeno si individua un criterio per selezionare quelli rilevanti, diversamente da quanto accade invece in altre disposizioni, quali l’art. 2399 c.c. o gli articoli che contemplano fattispecie di conflitto di interessi nel diritto pubblico.

L’interpretazione che si vuole sostenere può ritenersi confortata anche da indici di carattere storico. Gli scritti di Asquini e di Vivante, elaborati sotto la vigenza del codice di commercio del 1882, testimoniano l’attenzione della dottrina per le situazioni connotate da cointeressenza²⁶⁸ o da un interesse per affari che altri intendono concludere, delle quali era all’epoca discussa la riconducibilità alla previsione normativa. È plausibile ritenere che proprio le riflessioni dei predetti Autori, chiamati a presiedere le commissioni incaricate della codificazione del ‘42, abbiano guidato la formulazione degli artt. 2373 e 2391 c.c., nei quali, pur dopo le modifiche

1411, III comma, c.c., Cass. S.U. 18 aprile 2002, in 5556, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 895, con nota di LA TORRE.

²⁶⁸ Il termine “*cointeressenza*” può essere accettato solo se con esso s’intende dire che due soggetti sono portatori di diversi interessi, rispetto alla stessa operazione; non deve, invece, farsi riferimento alla cointeressenza in senso tecnico, come contratto disciplinato dall’art. 2554 c.c.

del 2003, è rimasto inalterato il richiamo all'interesse "per conto di terzi"²⁶⁹.

Da ultimo, ancorare la fattispecie analizzata pur sempre ad un interesse del socio o dell'amministratore, quantunque mediato, si rivela in linea con le esigenze sottese alla disciplina del conflitto di interessi societario, che, come più volte si è ribadito, vanno individuate nella necessità di evitare l'estrazione dalla società di benefici privati, non destinati a tutti i soci.

Se si esamina la questione attraverso le lenti dell'analisi economica del diritto, la soluzione avanzata mostra, inoltre, la sua razionalità, dal momento che il rimedio reale viene riservato ai soli casi in cui il votante sia portatore di un proprio interesse, sebbene peculiare, e cioè a quei casi in cui l'eliminazione degli effetti della delibera si rende opportuna per elidere integralmente il vantaggio che il socio o l'amministratore ricava dalla operazione. Tale esito non verrebbe invece conseguito con certezza se ci si affidasse esclusivamente al rimedio obbligatorio, poiché potrebbero configurarsi ipotesi in cui il risarcimento, che è parametrato esclusivamente al danno subito dalla società²⁷⁰, si attesta su un livello inferiore a quello del profitto del soggetto interessato, per il quale quindi l'affare societario

²⁶⁹ Si rammenti che anche nel 2015 il legislatore ha riproposto la stessa terminologia, nell'art. 53, IV comma, del T.U.B. e nell'art. 6, comma 2-*novies*, del T.U.F.

²⁷⁰ Per uno studio del conflitto di interessi in chiave di analisi economica del diritto v. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 2, p. 283 e ss. (in particolare p. 306 e ss.), per il quale l'apparato di rimedi realizza la sua funzione deterrente solo quando la sanzione attesa sia uguale o ecceda il guadagno conseguito dall'*agent*. L'A. prosegue precisando che la sanzione attesa deve determinarsi moltiplicando la probabilità che essa venga applicata per il suo ammontare: partendo da ciò, allo scopo di rendere la sanzione attesa il più possibile vicina al guadagno, egli propone di facilitare – anche mediante meccanismi presuntivi – la prova del conflitto di interessi e di valorizzare l'istituto dei *punitive damages*. Questi ultimi peraltro scontano tuttora numerosi pregiudizi nel nostro ordinamento, nel quale, per quanto più specificamente attiene al nostro tema, non è contemplato neppure uno strumento idoneo ad assicurare la restituzione alla società dei profitti personali conseguiti in modo illecito, diversamente da quanto si registra nei sistemi che hanno accolto pienamente il principio del *disgorgement of profits*. Non è possibile giungere a conclusioni diverse neppure sotto il testo riformato dell'art. 2391 c.c., che continua a riferirsi, ai commi IV e V, al danno cagionato dall'amministratore alla società con la propria azione od omissione o con l'utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico.

continuerebbe a presentare un saldo personale positivo nonostante l'esperienza dell'azione di responsabilità nei suoi confronti. La prospettiva suggerita potrebbe svolgere pertanto una funzione autenticamente dissuasiva contro azioni nocive per la società. Diversamente, a seguire quelle teorie che dilatano l'interesse "*per conto di terzi*" fino a comprendere le situazioni in cui il votante favorisce i terzi senza proprio tornaconto, la sanzione dell'annullamento finirebbe per essere applicata in vicende in cui è irragionevole farlo. Per eliminare il pregiudizio subito dalla compagine sociale basterebbe, infatti, la condanna del responsabile al risarcimento del danno, mentre non si rivelerebbe al contrario indispensabile rimuovere l'operazione, non essendoci alcun beneficio personale di un socio o di un amministratore da scongiurare ed essendo preferibile, di conseguenza, salvaguardare la stabilità del deliberato assembleare o consiliare.

Precisato il contenuto sostanziale del fenomeno oggetto di studio, occorre adesso chiedersi come si articoli esso sul piano della prova e, consequenzialmente, quali siano le circostanze da dimostrare per conseguire l'attivazione degli strumenti contemplati dall'ordinamento.

Orbene, se si condivide l'ordine di idee su esposto, sarà dunque necessario soffermarsi su tutti gli *elementi di fatto che mettono in relazione il terzo e il socio o l'amministratore*: ciò consentirà di verificare se vi siano *ragioni per le quali al votante risulta conveniente economicamente esprimersi a favore di una decisione utile per un soggetto diverso da lui*.

Per assolvere l'onere probatorio, non è consigliabile limitarsi a sottolineare l'esistenza di specifiche relazioni giuridicamente rilevanti tra i soggetti coinvolti, atteso che, in tal modo, si rischia di pervenire ad un irrigidimento della fattispecie normativa che, oltre a non avere fondamento nel diritto positivo, stravolge il senso della disciplina. Optare per la tesi qui

avversata comporta infatti il pericolo di applicazioni incongrue degli artt. 2373 e 2391 c.c., sia in eccesso sia in difetto: in eccesso, poiché, se non dovesse essere in gioco alcun vantaggio particolare del socio o dell'amministratore, il rapporto tra questo e il terzo non dovrebbe avere alcuna conseguenza sulla validità della delibera; in difetto, perché potrebbero esserci casi in cui sussiste un interesse personale, sebbene non vi sia alcuna relazione rientrante tra quelle repute significative.

Nonostante i superiori rilievi, l'approccio che si contesta ha trovato avallo pressoché integrale nella cultura giuridica e, specialmente, nella giurisprudenza, che, anche quando declama formalmente l'adesione a quelle correnti di pensiero più articolate che non si riducono a elencazioni di casistiche²⁷¹, esaurisce quasi sempre la sua indagine ad un mero riscontro della presenza di quei rapporti ritenuti tradizionalmente rilevanti.

Sviluppando le premesse evidenziate, sembra più corretto *rivolgere l'attenzione a quei campi di azione nei quali le sfere personali del votante e del terzo presentano potenziali punti di contatto, per comprendere se vi siano possibili incentivi²⁷² che rendano economicamente preferibile il perseguimento dell'interesse di un estraneo piuttosto che della società. Occorrerà allora scandagliare - ovviamente in base alle circostanze di fatto allegate dalle parti in giudizio - tutti gli affari eventualmente intercorrenti*

²⁷¹ Come ad esempio le tesi del Gambino, della Nazzicone e della Corso, che, sebbene qui non condivise, hanno il merito di non appiattirsi in una elencazione asfittica dei rapporti idonei a radicare un interesse per conto di terzi.

²⁷² Sotto questo angolo visuale, può essere utile richiamare quanto accaduto di recente in Germania. In questo ordinamento, com'è noto, il problema del conflitto di interessi degli amministratori è affrontato in varie disposizioni dell'Aktiengesetz e, segnatamente, nei §§ 89 e 112 sui contratti tra società e amministratori, nel § 87 sui compensi dei componenti dell'organo gestorio e nel § 88 sull'attività concorrenziale eventualmente svolta dagli stessi. Nel 2014, peraltro, a questo quadro si è aggiunto il *Deutcher Corporate Governance Kodex*, che per la prima volta dedica attenzione specifica ai rapporti tra gli amministratori e i terzi, prevedendo in particolare al § 4.3.2 il divieto per i componenti del Vorstand di accettare benefici da parte di terzi in connessione con il proprio ruolo: sembra evidente, in questa disposizione, l'intenzione di evitare che gli amministratori strumentalizzino la società, realizzando vantaggi personali sotto forma di erogazioni di terzi volte a remunerare gestioni amministrative favorevoli per questi ultimi. Sull'argomento, v. HOPT, *Conflict of interest, Secrecy and Insider Information of Directors - A Comparative Analysis*, 2013, in http://ssrn.com/abstract_id=2178152.

tra i soggetti coinvolti, e, più in generale, tutte le possibilità di intersezione tra i patrimoni di costoro, suscettibili di costituire l'occasione per un voto a favore del terzo.

In questo contesto, peraltro, le relazioni sovente richiamate in via tralaticia possono ancora ritagliarsi un ruolo, sebbene non in quanto tali ma solo in quanto idonee a fondare una presunzione semplice di esistenza dell'interesse per conto di terzi. In altre parole, è possibile che alcuni di questi rapporti – ma l'analisi dovrà essere condotta con cautela per ciascuno di essi – si accompagnino, secondo l'*id quod plerumque accidit*, ad una situazione di cointeresse nei termini sopra tratteggiati, con la conseguenza che colui che agisce in giudizio per ottenere le tutele degli artt. 2373 e 2391 c.c. sarà sgravato dell'onere di provare questo estremo della fattispecie considerata. Trattandosi di presunzione giudiziale, ai sensi dell'art. 2729 c.c., il convenuto avrà naturalmente la possibilità di fornire prova contraria, dimostrando che non esiste nella specie quel fenomeno di condivisione di interessi che sembrava potersi argomentare in virtù del legame esistente con il terzo.

Nel tentativo di fornire all'interprete gli strumenti per manovrare più agevolmente le norme in oggetto, nei successivi paragrafi si esamineranno le casistiche più frequentemente richiamate dalla giurisprudenza in tema di interessi per conto di terzi e si procederà ad una revisione critica delle decisioni pronunciate, in modo da saggiare la tenuta di tutte le considerazioni svolte in questo studio.

2 – I rapporti di parentela.

I rapporti di parentela hanno a lungo rappresentato il luogo elettivo del dibattito in materia di interesse per conto di terzi. In linea con quella

impostazione metodologica poc'anzi contestata, dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, le riflessioni sul tema si sono quasi sempre ridotte al quesito circa la idoneità o meno a fondare il conflitto di interessi del legame parentale tra il votante e il terzo favorito dalla delibera.

Sul punto, un primo orientamento giurisprudenziale - affermatosi sin da subito - ha seccamente sostenuto la tesi negativa, senza peraltro chiedersi se del vantaggio conseguito dal terzo con la operazione societaria sia in qualche modo reso partecipe, in via mediata, il socio o l'amministratore.

È questa, ad esempio, la strada seguita dalla risalente sentenza del Tribunale di Lanciano del 26 gennaio 1952²⁷³, ove ci si interroga sulla configurabilità del conflitto di interessi in capo ad un gruppo di soci, espressosi in senso contrario al promovimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. La motivazione offerta dal giudicante contiene certamente alcuni elementi di verità, nella misura in cui nega che il rapporto di parentela sussistente tra i soci e gli amministratori possa di per sé assumere carattere dirimente ai fini della soluzione del problema. Del resto - si aggiunge - la legge considera le suddette relazioni rilevanti in quanto tali solo in casi specificamente individuati, come accade nelle norme sulla incompatibilità all'assunzione di certe cariche²⁷⁴ delle quali non è tuttavia possibile una applicazione analogica, vista la loro natura eccezionale²⁷⁵. Sembra implicita, nel discorso svolto dal giudice, la convinzione che tali norme siano costruite sul piano semantico in modo volutamente diverso dall'art. 2373 c.c., dal momento che in quest'ultimo non si procede ad una individuazione di rapporti significativi, avendo il

²⁷³ Trib. Lanciano 26 gennaio 1952, in *Foro it.*, 1952, I, p. 937 e ss.

²⁷⁴ L'esempio più significativo, nel diritto societario, è rappresentato dall'art. 2399 c.c., sulle cause di ineleggibilità a sindaco, ricordato anche dalla sentenza in commento.

²⁷⁵ Trib. Lanciano 26 gennaio 1952, cit., p. 942.

legislatore preferito optare per una formulazione meno rigida, anche se maggiormente complessa in sede applicativa. Ciò nondimeno, a tali affermazioni condivisibili non segue alcun cenno alla questione del significato da attribuire all'espressione "*interesse per conto di terzi*", sicché, se da un lato è evidente che per il Tribunale i legami di parentela da soli considerati non sono in grado di legittimare il ricorso all'art. 2373 c.c., non si comprende da un altro lato quale debba essere l'accertamento da compiere a tal scopo e se quindi le relazioni esistenti in concreto possano rientrare nella fattispecie invocata da parte attrice²⁷⁶.

Non molto convincente si rivela, ad una attenta lettura, neppure la sentenza del 12 gennaio 1987 del Tribunale di Piacenza²⁷⁷, più volte riportata in giurisprudenza, dove il sia pur suggestivo parallelismo con il venir meno del divieto di testimoniare per il parente della parte nel processo civile²⁷⁸ non rappresenta altro che un orpello dialettico volto a mascherare la vera *ratio* della decisione, da rintracciarsi nella adesione alla teoria per la quale l'interesse per conto di terzi esigerebbe "*un rapporto di*

²⁷⁶ Incidentalmente, la pronuncia merita di essere ricordata anche per un altro passo, nel quale ci si chiede se si possa parlare di conflitto di interessi, sempre rispetto al promovimento dell'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c., per alcuni soci che avevano stipulato, con la società deliberante, contratti suscettibili di essere rimessi in discussione nel caso di instaurazione di causa risarcitoria contro gli amministratori; nell'ambito di tale giudizio, infatti, sarebbe potuta emergere la illegittimità della stipula dei predetti contratti con la società, e ciò avrebbe potuto avere ripercussioni sulla sorte di questi ultimi (non è dato sapere quale preciso scenario si sarebbe aperto in caso di accertamento della irregolarità dei negozi, ma è certo che la società avrebbe avuto la possibilità di assumere iniziative in merito, come si legge nella sentenza). Limitatamente a questa doglianza, la domanda di annullamento della delibera per conflitto di interessi viene accolta dal Tribunale e, sebbene il punto non sia approfondito, la conclusione sembra da condividersi, poiché può sostenersi che la decisione di non promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori, in via immediata vantaggiosa per questi, abbia finito per esplicare effetti positivi mediati anche per i soci beneficiari dei contratti. Rispondeva, infatti, ad un loro interesse votare contro l'azione di responsabilità, giacché in tal modo sarebbe venuta meno l'occasione per far luce sulle criticità di quei contratti, con tutte le sue potenziali conseguenze negative. La peculiarità della fattispecie concreta deriva dal fatto che l'interesse personale si declina qui in termini negativi, come interesse ad evitare sacrifici, e non in termini positivi, come interesse ad ottenere incrementi di utilità, sia per gli amministratori (che avrebbero evitato di essere condannati al risarcimento del danno) sia per i soci (che avrebbero, consequenzialmente, evitato i fastidi legati alla contestazione dei contratti da loro stipulati).

²⁷⁷ Trib. Piacenza 12 gennaio 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 210.

²⁷⁸ Il riferimento è alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 247 c.p.c., pronunciata dalla Corte Cost. con sentenza n. 248 del 23 luglio del 1974, che attesterebbe la cessazione di quel clima di "*sfiducia preconcepita nei confronti dei parenti*", che non trova giustificazione alcuna se non in una "*aprioristica valutazione negativa di credibilità di chi è legato alla parte da vincolo familiare*".

rappresentanza fra chi vota e chi è portatore dell'interesse in conflitto"²⁷⁹. Anche stavolta si tratta di una delibera di responsabilità, non approvata per via del dissenso determinante di alcuni soci, figli dell'amministratrice *de qua*. Dalla narrazione dei fatti della causa, peraltro, emergono alcuni dati interessanti che il giudice avrebbe potuto valorizzare ai fini di un inquadramento nell'area dell'art. 2373 c.c.: segnatamente, parte attrice pone l'accento sul fatto che i votanti in questione avessero un "*preciso interesse patrimoniale*" a "*tutelare da azioni di responsabilità per miliardi il patrimonio della genitrice della quale, se non altro, sono i presunti legittimi successori*"²⁸⁰. La scelta dei soci di opporsi alla domanda risarcitoria contro l'organo gestorio, quindi, in prima battuta avrebbe salvaguardato il patrimonio di un soggetto terzo (l'amministratrice), ma sarebbe stata in grado di assicurare una utilità economica anche a loro stessi, (quantomeno) in virtù della successione nei confronti della madre²⁸¹. Il Tribunale, tuttavia, nega la sussistenza dell'interesse, rilevando come il correlativo vantaggio sia ancora futuro e eventuale, in quanto non necessariamente esistente nel momento dell'apertura della successione²⁸².

²⁷⁹ Così Trib. Piacenza 12 gennaio 1987, cit., p. 212. Si tratta di una ricostruzione ancora più angusta di quella, già estremamente restrittiva, del Minervini, per il quale l'interesse per conto di terzi si radicherebbe in presenza di un mandato conferito dal terzo al votante. È anche vero, peraltro, che più in avanti la stessa sentenza offre alcuni esempi che in realtà non hanno alla base un rapporto di rappresentanza, quale l'ipotesi "*in cui fra il socio e il terzo sia intervenuto un vero e proprio pactum sceleris, come il caso in cui il terzo corrompa il socio promettendogli dei vantaggi perché voti nel senso da lui voluto, e quindi contro l'interesse sociale*": non si vede perché l'applicazione dell'art. 2373 c.c. dovrebbe qui essere subordinata al fatto che il socio sia munito di procura a lui rilasciata dal terzo.

²⁸⁰ Ad onor del vero, parte attrice considera separati il suddetto interesse patrimoniale dei figli ad evitare depauperamenti della madre e l'interesse per conto di terzo, nella specie per conto della madre amministratrice. Ragionando in questi termini, il primo interesse verrebbe ricondotto all'area degli interessi per conto proprio, mentre l'interesse per conto di terzi si caratterizzerebbe per l'assenza di vantaggi di qualsiasi tipo in capo al socio che vota. Questo modo di procedere non sembra da condividersi, per le motivazioni più volte illustrate.

²⁸¹ Come si vedrà più avanti, è possibile sostenere la presenza di un interesse per conto del genitore anche in base ad altri più pertinenti argomenti.

²⁸² Precisamente, nella sentenza si legge che "*non è configurabile un conflitto d'interessi per danni patrimoniali incerti, non immediatamente verificabili e solo in astratto ipotizzabili (si pensi solo per fare l'esempio più banale all'ipotesi in cui gli amministratori, parenti dei soci, nel corso della loro vita si spoglino completamente e legittimamente dei beni in loro possesso non lasciando quindi alcun asse ereditario)*": così Trib. Piacenza 12 gennaio 1987, cit., p. 213.

Più in generale, però, non sembra che il carattere potenziale del beneficio possa essere considerato un fattore ostativo all'applicazione della normativa sul conflitto di interessi, dovendo anzi ritenersi che il legislatore abbia voluto, con l'espressione "*interesse per conto di terzi*", allargare la fattispecie in questione allo scopo di anticipare la tutela. Del resto, questo arretramento della soglia critica non presenta rischi di eccessiva compressione dei margini di azione degli organi sociali, poiché, come si ricorderà, l'art. 2373 c.c. non contempla (oggi con certezza) alcun divieto di voto per il socio in conflitto e subordina l'intervento del rimedio reale alla dannosità potenziale della decisione da annullare²⁸³.

Altre pronunce, muovendosi nella stessa direzione appena delineata, si sbarazzano della verifica dell'interesse in conflitto con laconicità maggiore: così, ad esempio, la sentenza del Tribunale di Ravenna del 25 settembre del 1984²⁸⁴, in cui la significatività del rapporto coniugale è esclusa pur versandosi in regime di comunione legale dei beni²⁸⁵; così, ancora, la sentenza del Tribunale di Catania del 30 settembre 1993²⁸⁶, dove il giudice, facendo leva sul regime di separazione di beni ricorrente nella specie, nega che sia portatrice di interesse per conto di terzi una socia coniugata con un altro socio in conflitto di interessi, come se all'infuori della comunione legale non possa esistere alcun profilo di condivisione di vantaggi tra i coniugi.

²⁸³ Nella specie, si sarebbe dovuto dimostrare che l'azione di responsabilità, se promossa, sarebbe stata presumibilmente accolta: cfr. Trib. Milano 29 giugno 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 236, con nota di WEIGMANN.

²⁸⁴ Trib. Ravenna 25 settembre 1984, in *Foro romagnolo*, 1985, p. 128 e ss.

²⁸⁵ Secondo PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., p. 127, in questo caso, nel quale la delibera aveva ad oggetto la fissazione del compenso dell'amministratore, il giudice avrebbe dovuto con certezza ravvisare un interesse per conto proprio, essendo l'operazione immediatamente produttiva di effetti sul patrimonio del votante. In verità, è dubbio che l'adozione del regime della comunione legale tra i coniugi autorizzi a ritenere sempre esistente un interesse per conto proprio, come si vedrà *infra*.

²⁸⁶ Trib. Catania 30 settembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, p. 890 e ss., con nota di NAZZICONE.

A partire almeno dagli ultimi anni Ottanta, peraltro, si è fatta strada in giurisprudenza una tendenza di segno contrario a quella su esposta e volta a ritenere viziato da conflitto il voto espresso dal socio imparentato con il soggetto avvantaggiato dalla delibera.

In un primo momento ciò è avvenuto senza l'impiego di alcun argomento, con una sorta di aprioristica configurazione di interesse per conto di terzi in capo al coniuge – non importa se in regime di separazione dei beni o no – del soggetto favorito. Ciò si riscontra ad esempio nei casi affrontati dal Tribunale di Milano nella sentenza del 17 settembre del 1987²⁸⁷ e nella sentenza del 29 giugno del 1992²⁸⁸, nei quali l'assemblea era stata chiamata a determinare il compenso dell'amministratore, coniuge del socio del cui voto si discuteva²⁸⁹.

In un secondo tempo, maturata la consapevolezza della inadeguatezza motivazionale della soluzione proposta, il livello di approfondimento del problema si è progressivamente innalzato e, in alcune pronunce, si è perciò manifestata l'esigenza di non limitare l'accertamento giudiziale al riscontro del legame parentale, dovendosi procedere invece ad una indagine estesa ad altri elementi.

Emblematica di questa corrente è l'ordinanza del Tribunale di Velletri del 26 gennaio del 1994²⁹⁰, che rileva come non sia possibile desumere acriticamente il conflitto di interessi, ancora una volta rispetto ad un'azione

²⁸⁷ Trib. Milano 17 settembre 1987, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 797 e ss., con nota di JAEGER P.G., *Ancora sulla determinazione del compenso degli amministratori in conflitto di interessi, commisurazione al "fatturato", principio di "ragionevolezza"*. Va aggiunto che, come risulta dal testo della sentenza, i coniugi erano in regime di separazione dei beni e che, ad avviso del giudice, la soluzione del caso sarebbe dovuta essere diversa, ove il coniuge portatore di interesse per conto del terzo si fosse separato da quest'ultimo.

²⁸⁸ Trib. Milano 29 giugno 1992, cit., p. 234 e ss.

²⁸⁹ Anche qui, per l'annullamento delle delibere si sarebbe dovuto accertare il requisito del danno potenziale per la società, ipotizzabile in caso di compenso di ammontare eccessivo (v. *supra* p. 55 e ss., nn. 136-138).

²⁹⁰ Ord. Trib. Velletri 26 gennaio 1994, in *Società*, 1994, 6, p. 804 e ss., con nota di MORACE PINELLI: il ricorso cautelare puntava ad ottenere la sospensione dell'esecuzione della delibera assembleare, asseritamente viziata.

di responsabilità, dal rapporto madre-figlio tra l'amministratrice e il socio; preso atto di ciò, il giudice si orienta per la sussistenza degli estremi dell'art. 2373 c.c. – sia pur a livello di *fumus boni juris*, trattandosi di giudizio cautelare – argomentando dal fatto che il socio aveva acquistato la partecipazione munita del diritto di voto dalla madre per donazione, perfezionatasi il giorno prima della riunione assembleare.

Il provvedimento in questione va senz'altro apprezzato nella misura in cui mostra di non ridurre la ricostruzione dell'interesse per conto di terzi alla relazione di parentela, mentre non può ritenersi accettabile la serie di indici valorizzati per dimostrare la sussistenza del conflitto di interessi. Infatti, l'aver il socio acquistato la quota in modi e tempi sospetti da uno stretto congiunto non sembra di per sé in grado di dimostrare una personale convenienza economica del voto contrario al promovimento dell'azione di responsabilità. La predetta circostanza avrebbe semmai potuto testimoniare la volontà della madre amministratrice, anch'ella socia della società deliberante, di aggirare il divieto di voto, esplicitamente previsto dal comma III (oggi II) dell'art. 2373 c.c., per il socio al contempo amministratore che intenda votare in assemblea in merito all'azione di responsabilità degli amministratori. Un tale inquadramento della fattispecie imponeva dunque di fronteggiare il caso attraverso gli strumenti della simulazione o del negozio fiduciario; senonché, successivamente, il giudice finisce per sovrapporre almeno in parte questi istituti con la situazione di interesse per conto di terzi, concludendo che *“appaiono sussistere gravi indizi, precisi e concordanti in ordine alla natura simulata o comunque fiduciaria del cennato trasferimento di quota, con conseguente configurabilità di un interesse conflittuale per conto di terzi da parte del socio votante”*. A voler essere precisi, da un lato, l'accertamento della simulazione avrebbe dovuto coerentemente far ritenere che la quota fosse

rimasta nelle mani della madre amministratrice, con la conseguenza che quest'ultima avrebbe continuato a soggiacere al divieto di voto di cui si è sopra parlato²⁹¹. Da un altro lato, invece, se si fosse seguita la strada del negozio fiduciario, si sarebbe potuto prospettare un interesse del socio per conto del terzo aderendo alla vecchia tesi del Minervini, più volte sottoposta a riserve critiche; dovendosi però respingere questa ricostruzione, il comportamento fraudolento della madre avrebbe potuto forse essere neutralizzato mediante l'art. 1344 c.c., poiché sembra possibile sostenere che la sequenza donazione-negozio fiduciario sia stata architettata al solo scopo di raggiungere, in modo apparentemente rispettoso della legge, il risultato vietato dalla norma imperativa di cui all'art. 2373, III (oggi II) comma, c.c.²⁹²

A ben vedere, uno spazio per l'interesse per conto di terzi nel caso di specie si sarebbe potuto aprire solo qualora fosse fallito il tentativo di dimostrare sia la natura simulata sia la natura fiduciaria del trasferimento della quota, giacché solo per tale evenienza avrebbe avuto senso chiedersi se il voto del neo-socio potesse essere viziato da conflitto di interessi per conto di un altro soggetto.

La pronuncia testé riportata, poi, pur prospettando la necessità di analizzare elementi ulteriori rispetto al mero rapporto di parentela, non chiarisce espressamente quale sia il nucleo sostanziale del fenomeno che dovrebbe essere provato e di cui l'ordinanza afferma l'esistenza in base agli indici presuntivi di cui s'è detto. Sembra però, dal testo del provvedimento,

²⁹¹ Ciò avrebbe avuto delle conseguenze estremamente rilevanti, in quanto, come si è visto *supra* alle pp. 18-22, venendo in questione un difetto di legittimazione al voto del socio, il contributo dato da quest'ultimo alla non approvazione della delibera di responsabilità sarebbe stato eliminato dal giudice e vi sarebbe stato un abbassamento del *quorum* deliberativo necessario perché la delibera potesse reputarsi approvata.

²⁹² All'esito dell'applicazione dell'art. 1344 c.c., quindi, si sarebbe dovuto reputare nullo il contratto di donazione tra la madre e il figlio e, allo stesso modo di quanto visto per la simulazione, avrebbe dovuto ritenersi ancora operativo il divieto di voto per il socio amministratore rispetto alla delibera di responsabilità.

che il giudice abbia rivolto l'attenzione alle circostanze sopra individuate allo scopo di provare l'intento del socio donatario di beneficiare il terzo donante. Come peraltro si è tentato di dimostrare nel capitolo precedente, è possibile nutrire delle perplessità nei confronti di una siffatta ricostruzione, atteso che l'intenzione del votante di favorire un terzo, oltre a rappresentare un fenomeno psicologico di difficilissima prova, non necessariamente ha alla base un interesse personale tale da giustificare l'applicazione dei rimedi contro il conflitto di interessi.

Per suffragare l'assunto dell'esistenza di un interesse per conto di terzi, il Tribunale avrebbe potuto invece riflettere sulla probabile deviazione dei benefici dalla madre al figlio votante. Alternativamente, in una prospettiva più raffinata, avrebbe potuto chiedersi se la scelta del socio di opporsi all'azione di responsabilità potesse rappresentare il "prezzo" da versare in cambio del trasferimento della quota, formalmente avvenuto a titolo di liberalità, in modo tale, in caso di risposta affermativa, da poter sostenere la rispondenza del voto ad un interesse mediato del socio²⁹³.

Dopo diversi decenni di oscillazioni pretorie, sulla rilevanza dei rapporti di parentela si è infine espressa anche la Cassazione con la sentenza n. 2562 del 23 marzo del 1996²⁹⁴.

²⁹³ La questione è estremamente ardua: occorre interrogarsi, infatti, sulla possibilità di ritenere sussistente un interesse del votante all'attribuzione patrimoniale favorevole al terzo allorché il vantaggio *sia già stato conseguito* e non sia, quindi, successivo all'esercizio del voto. Dubbi potrebbero, in effetti, sorgere ove si decidesse di guardare la vicenda dall'angolo visuale degli incentivi, in quanto si potrebbe forse incontrare qualche difficoltà nel sostenere che nel caso di specie il votante sia incentivato economicamente a votare a favore del terzo in futuro, avendo già da questo ricevuto una utilità. La tesi che ravvisa anche in tale ipotesi un interesse per conto terzi, peraltro, si lascia preferire, poiché pure in questa sede sembrano configurarsi gli estremi di una strumentalizzazione della società da parte del votante, che sfrutta l'operazione societaria per condurne con un terzo un'altra parallela e vantaggiosa per sé. In altri termini, è come se nella vicenda societaria relativa al promovimento dell'azione di responsabilità contro l'amministratrice si inserisca un negozio di trasferimento di quota tra quest'ultima e il figlio, che, votando contro l'avvio dell'iniziativa risarcitoria, in un certo senso esegue una prestazione corrispettiva volta a remunerare l'avvenuto acquisto della partecipazione sociale.

²⁹⁴ Cass. 23 marzo 1996, n. 2562, in *Foro it.*, 1997, I, p. 1933, con nota di NAZZICONE, e in *Le società*, 1996, 10, p. 1146 e ss., con nota di TERENCEHI.

Il Supremo Collegio aderisce apertamente al secondo dei due filoni interpretativi richiamati, richiedendo ai fini dell'integrazione dell'interesse per conto di terzi *“indici precisi ed univoci in base ai quali possa affermarsi che il socio ha votato in funzione dell'interesse altrui contrastante con l'interesse sociale”*; aggiunge, in seguito, che *“è da ritenersi quanto meno dubbio che, in difetto di altri e diversi elementi di giudizio, sia logicamente corretto individuare un indice significativo, in tal senso, nel mero fatto che il socio si trovi in rapporto di parentela con altro soggetto, estraneo alla società e con essa in conflitto d'interessi. Il rapporto di parentela, in altri termini, non necessariamente consente di identificare nel socio il quale ha votato in assemblea il portatore dell'interesse facente capo al parente”*²⁹⁵.

Quantunque la citata sentenza costituisca l'unica presa di posizione specifica della giurisprudenza di legittimità sul tema, vi sono molteplici ragioni per considerare insoddisfacente questo intervento della Corte regolatrice.

In primo luogo, infatti, non si comprende quale sia per la Cassazione il dato da dimostrare per stabilire se vi sia oppure no un interesse per conto di terzi. Dal passo riprodotto poc'anzi, pare che l'accertamento del conflitto per conto di terzi possa essere compiuto solo *ex post*, provando che *“il socio ha votato in funzione dell'interesse altrui”*²⁹⁶; questa tesi deve tuttavia essere respinta, in quanto, come si è visto, l'approccio *a posteriori* mortifica le previsioni normative e comporta soprattutto il rischio di una sovrapposizione indebita dei requisiti del conflitto di interessi e del danno. Da altri punti della decisione, invece, sembra emergere una diversa visione in virtù della quale, per l'applicazione dell'art. 2373 c.c., occorrerebbe

²⁹⁵ Cass. 23 marzo 1996, n. 2562, in *Le società*, cit., p. 1147.

²⁹⁶ L'impiego del verbo al passato prossimo fa, in effetti, pensare ad una valutazione *ex post*.

verificare se il socio sia incline ad avvantaggiare il terzo secondo una valutazione *ex ante*, sulla falsariga di quanto teorizzato da alcuni studiosi che sviluppano la loro ricostruzione a partire dalla nozione di “*agire per conto altrui*”²⁹⁷; neppure questa soluzione si sottrae però a riserve, se si considera, ancora una volta, che essa omette di appurare se via sia un interesse personale del votante, ulteriore rispetto a quello indubbiamente configurabile in capo al terzo.

In secondo luogo, la pronuncia in esame resta inspiegabilmente silente sul profilo che più di ogni altro avrebbe dovuto essere approfondito, e cioè sul profilo degli indici da addurre, in aggiunta al rapporto parentale evidentemente insufficiente, per costruire l’addebito di conflitto per conto di terzi. In relazione a questo aspetto, la Corte Suprema non menziona esempi che riescano a fare luce sulle categorie da essa impiegate, sicché il senso ultimo di questa decisione finisce per rimanere inafferrabile.

Al termine di questa breve rassegna di pronunce, non si può non avvertire un senso di profonda incertezza.

Non essendo peraltro possibile arrendersi ad un siffatto scenario, occorre ricercare un criterio che sia, nello stesso tempo, fondato normativamente e idoneo ad assicurare un maggior grado di razionalità e, soprattutto, di prevedibilità delle decisioni giudiziarie²⁹⁸.

Se si tiene a mente questo obiettivo, sembra si possa giungere a soluzioni accettabili aderendo a quell’impostazione, qui prospettata, che ravvisa interesse per conto di terzi allorché il socio o l’amministratore

²⁹⁷ v. *supra* p. 50 e ss.

²⁹⁸ È infatti innegabile che l’efficacia dissuasiva di una disciplina repressiva, quale quella del conflitto d’interessi (v. *supra* pp. 107-108), si misura anche in base al grado di probabilità di applicazione delle sanzioni contemplate dall’ordinamento. Se il rimedio reale minacciato dagli artt. 2373 e 2391 c.c., pur astrattamente in grado di svolgere una funzione deterrente, ha una scarsa probabilità di essere impiegato, anche per via delle divergenze giurisprudenziali sopra segnalate, i soci e gli amministratori incontreranno minori resistenze nel compimento di atti in conflitto d’interessi. V., sul punto, ancora SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 306.

possa rappresentarsi oggettivamente un vantaggio economico mediato, dipendente da un atto societario che in via immediata produce effetti positivi solo nella sfera di un terzo.

Ragionando in quest'ottica, il giudice dovrebbe chiedersi pertanto se l'attribuzione patrimoniale destinata in primo luogo al terzo possa rispondere anche ad un interesse del votante, alla luce di tutti quegli elementi di fatto che mettono in contatto i due soggetti e che possono creare degli incentivi a votare a favore del terzo.

Inquadrato così il problema, i rapporti di parentela possono in effetti essere d'ausilio ai fini della predetta indagine, poiché spesso si caratterizzano per la presenza di profili di condivisione reciproca dei vantaggi personali, che invero paiono sussumibili in quel fenomeno di cointeresse di cui si è più volte detto. Più precisamente, la sussistenza di relazioni parentali potrebbe essere valorizzata ai sensi dell'art. 2729 c.c. per costruire una presunzione semplice di interesse per conto di terzi, in base alla quale l'attore sarà esonerato dall'onere di fornire la relativa prova, salva naturalmente la possibilità per la controparte di dimostrare il contrario.

Non deve peraltro procedersi per generalizzazioni, poiché il meccanismo induttivo può essere utilizzato soltanto quando secondo l'*id quod plerumque accidit* si possa sostenere che al legame di parentela consegua quella condivisione di benefici poc'anzi richiamata.

Per scendere nel dettaglio, questa evenienza si riscontra certamente in relazione al rapporto matrimoniale, senza che possa attribuirsi rilievo dirimente al regime patrimoniale prescelto.

Invero, non si può ritenere che nella comunione legale sussista sempre un interesse per conto del coniuge favorito, sol perché, per previsione di legge, i beni acquisiti personalmente mediante operazioni

societarie divengono *ex se* di proprietà di entrambi i coniugi. Infatti, come precisa l'art. 179, I comma, c.c., esistono beni che, pur nel quadro di questo assetto dei rapporti patrimoniali, non entrano nella comunione e, tra questi, potenzialmente significativi si rivelano i beni che servono all'esercizio della professione del coniuge (lett. a) e i beni acquistati con il prezzo del loro trasferimento o con il loro scambio (lett. f)²⁹⁹. Ancora, ai sensi dell'art. 178 c.c., i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi non entrano immediatamente in comunione, ma formano oggetto della c.d. comunione di residuo³⁰⁰.

²⁹⁹ Si ipotizzi in proposito una cessione, effettuata dalla società deliberante in favore dell'amministratore e avente ad oggetto beni idonei a servire l'attività professionale del medesimo, come ad esempio un macchinario o un locale destinato ad ospitare lo studio professionale. L'amministratore acquirente dovrebbe certamente ritenersi in conflitto di interessi per conto proprio rispetto alla delibera del c.d.a. di autorizzazione della predetta compravendita, visto che l'operazione societaria si ripercuote immancabilmente sul suo personale patrimonio. Si immagini adesso che nello stesso consiglio di amministrazione siedo anche il coniuge dell'amministratore compratore e che i due siano in regime di comunione legale; se per affermare la sussistenza di un interesse per conto del terzo acquirente si utilizzasse l'argomento invocato nel testo, sorgerebbero delle criticità, poiché i beni su menzionati che il coniuge acquista dalla società amministrata dovrebbero essere ricondotti ai "*beni che servono all'esercizio della professione*", esclusi dalla comunione ai sensi dell'art. 179, I comma, lett. d, c.c.

³⁰⁰ In relazione a questo profilo, si immagini un caso simile a quello di cui alla nota precedente, ma avente ad oggetto la cessione di partecipazioni sociali. Anche qui si porrebbero inconvenienti comparabili a quelli visti prima, in quanto è controverso quali siano i confini tra la comunione legale *ex art. 177 c.c.* e la comunione di residuo dell'art. 178 c.c. Per un primo orientamento, diffuso in passato in dottrina e anche in giurisprudenza, ad essere risolutivo sarebbe il profilo della responsabilità per i debiti sociali, sicché dovrebbero cadere in comunione immediata gli acquisti di partecipazioni in società di capitali e di quote di accomandante nelle società in accomandita semplice, mentre dovrebbero formare comunione di residuo gli acquisti di partecipazioni sociali comportanti responsabilità illimitata per le obbligazioni della società: così, GABRIELLI G., *Comunione legale e investimento in titoli*, Milano, 1979, p. 22 e ss.; PAVONE LA ROSA, *Comunione legale e partecipazione sociale*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 38 e ss.; in giurisprudenza, Trib. Roma 15 gennaio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, p. 257 e ss.; Trib. Milano 26 settembre 1994, in *Famiglia e diritto*, 1995, I, p. 52 e ss., con nota di SCHLESINGER; v. anche Cass. 18 agosto 1994, n. 7437, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, p. 551, con nota di REGINE. Secondo un altro indirizzo, per stabilire quale sia la collocazione delle partecipazioni acquistate occorrerebbe verificare quale sia la destinazione impressa alle stesse, potendo la comunione legale immediata trovare spazio solo allorché l'acquisto sia stato effettuato a scopo di investimento e non quando, invece, esso sia strumentale all'esercizio di impresa *ex art. 178 c.c.* (o all'esercizio della professione, nel quale ultimo caso il regime è addirittura quello della proprietà esclusiva del coniuge acquirente): in tal senso, TANZI, *Azioni e diritto di famiglia*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2, Torino, 1992, p. 537 e ss.; DI MARTINO, *Gli acquisti in regime di comunione legale fra i coniugi*, Milano, 1987, p. 133 e ss.; in giurisprudenza, Cass. 21 novembre 1986, n. 7060, in *Foro it.*, 1987, I, p. 810 e ss.; Trib. Roma 18 febbraio 1994, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, p. 543 e ss. Negli ultimi tempi si è ritenuto possibile superare ogni resistenza teorica alla caduta in comunione legale delle partecipazioni sociali – anche di società di persone –, qualificando le stesse non come diritti di credito, ma come beni immateriali ai sensi degli artt. 810 e 812 c.c., vista la loro trasferibilità e la loro assoggettabilità ad espropriazione forzata: così, Cass. 2 febbraio 2009, n. 2569, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 799 e ss., con nota di DELMONTE, *Quote di partecipazione in società di persone e comunione legale dei coniugi*; sembra peraltro che al regime della comunione immediata possa

Il problema dell'esistenza di beni di proprietà esclusiva di ciascuno dei coniugi si acuisce, naturalmente, nel regime di separazione dei beni, dove gli acquisti effettuati dal singolo non determinano una situazione di contitolarità.

Sembra allora opportuno accantonare la questione del regime patrimoniale ed evidenziare che, in ogni caso, la vita matrimoniale risulta caratterizzata dal dovere reciproco dei coniugi di assistenza ai sensi dell'art. 143 c.c.³⁰¹, per il quale ognuno dei due è tenuto al mantenimento

accedersi più semplicemente ammettendo l'inclusione nell'art. 177 c.c. dei diritti di credito, come è stato sostenuto, ad esempio, da AULETTA T., *La comunione legale*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, 4, Torino, 1999, p. 82 e ss. e da Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098, in *Famiglia e diritto*, 2008, 5, p. 8 e ss., con nota di RIMINI C., *Cadono in comunione i diritti di credito acquistati durante il matrimonio?* Ad ogni modo, a seguire gli ultimi sviluppi, dovrebbe prospettarsi una generale applicazione dell'art. 177 c.c., salvo che ricorra uno dei casi contemplati dall'art. 178 c.c. o dall'art. 179 c.c.

³⁰¹ Il discorso può oggi essere esteso senz'altro alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, per le quali l'art. 1, XI comma, della legge 76 del 2016 prevede che *“con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni”*; non si rivela invece significativo in questa sede il mancato richiamo all'obbligo di collaborazione nell'interesse familiare e all'obbligo di fedeltà. Va inoltre ricordata l'applicabilità alle unioni civili delle norme che regolano le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del matrimonio, con particolare riguardo all'istituto dell'assegno divorzile. Quanto alle convivenze di fatto, le conclusioni sopra illustrate possono riproporsi allorché i membri della coppia siano addivenuti alla stipula di un contratto di convivenza, potendo questo specificare, ai sensi dell'art. 1, LIII comma, lett. b-c della legge 76 del 2016, *“le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo”* e *“il regime patrimoniale della comunione dei beni”*. Anche nell'ipotesi di assenza di contratto di convivenza, peraltro, non appare ragionevole giungere ad esiti diversi, poiché il riferimento alle *“modalità di contribuzione”* sembra presupporre che il contratto di convivenza si limiti a fissare sul piano qualitativo e quantitativo l'apporto di ciascun convivente, da ritenersi dovuto – sia pur non a titolo di obbligazione giuridica – anche in difetto di espressa regolamentazione pattizia (e si ricordino, in proposito, i richiami, compiuti prima del 2016, alle obbligazioni naturali e al meccanismo della *soluti retentio* dell'art. 2034 c.c., allo scopo di escludere il diritto del convivente alla restituzione degli apporti effettuati in favore del *partner*: v., per tutti, OBERTO, *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, 6, Milano, 2006, p. 349 e ss., ove si segnala anche il passaggio da una concezione retributiva ad una concezione contributiva dell'obbligazione naturale). Per un quadro su unioni civili e convivenze, dopo le riforme del 2016 e del 2017, v. RINALDO, *Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle nuove famiglie*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, II, 3, p. 976 e ss.; CANONICO, *Aspetti patrimoniali delle unioni civili e delle convivenze di fatto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, II, 4, p. 1108 e ss.; LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, II, 4, p. 1083 e ss., in cui si evidenzia la problematicità del requisito della dichiarazione di convivenza di cui agli artt. 4 e 13 del D.P.R. 223/1989, in mancanza del quale non sembrerebbe possibile applicare ai conviventi il regime giuridico di cui alla legge 76 del 2016, dovendosi invece prospettare in tal caso la persistente validità degli approdi raggiunti dalla giurisprudenza prima del 2016; in direzione opposta a quest'ultima conclusione, v. tuttavia PARADISO, *Commi 36-37*, p. 488 e ss., in BIANCA C.M., *Le unioni civili e le convivenze: commento alla legge 76/2016 e ai d.lgs n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, Torino,

dell'altro, ove quest'ultimo non possa autonomamente provvedere a sé. In secondo luogo, la medesima disposizione prevede il dovere reciproco di collaborazione nell'interesse della famiglia, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro. Per quel che qui interessa, il risultato di tali norme è che ogni guadagno personale di un singolo coniuge finisce per riverberarsi, almeno in potenza, anche a favore dell'altro e, come è stato rilevato, per “*elevare il decoro del ménage familiare*”³⁰². Se si guarda la vicenda da un altro angolo visuale, il coniuge immediato beneficiario dell'operazione societaria disporrà di una massa di risorse più consistente per far fronte ai bisogni familiari, sicché si può presumere che l'altro coniuge tragga tendenzialmente da ciò un vantaggio mediato, quantomeno in termini di riduzione del carico di spese da sopportare per portare avanti la vita domestica.

A fronte di ciò, non semplice si presenta la prova contraria idonea a vincere siffatta presunzione di interesse per conto del *partner*, in quanto è difficile che il vantaggio realizzato individualmente dal coniuge grazie ad una delibera societaria non sia neppure in potenza in grado di estendersi all'intero nucleo familiare. Si potrebbe forse pensare, in proposito, ad una utilità suscettibile di essere usufruita una sola volta da uno dei coniugi, oppure ad una utilità di cui un coniuge possa assicurarsi il godimento riservato ed esclusivo³⁰³.

Sempre in merito al rapporto matrimoniale, si è storicamente ritenuto che esso cessi di avere rilevanza ai fini del conflitto di interessi allorché i

2017, dove l'A. sostiene la natura non costitutiva ma solo probatoria della dichiarazione anagrafica, distinguendo inoltre la rilevanza della stessa a seconda che si discuta di rapporti interni tra conviventi o di rapporti tra conviventi e terzi.

³⁰² Così, testualmente, TERENGI, *Nota a Cass. 23 marzo 1996, n. 2652*, in *Le società*, 1996, 10, p. 1150.

³⁰³ Si ipotizzi il caso - un po' scolastico - di una delibera che attribuisce ad un amministratore, a titolo di retribuzione aggiuntiva, un abbonamento teatrale da lui soltanto utilizzabile. In tale occasione, in effetti, non sembra si possa parlare di condivisione dei vantaggi con il nucleo familiare.

coniugi procedano alla separazione personale o al divorzio³⁰⁴. L'affermazione sembra condivisibile se con essa s'intende sostenere che con il venir meno degli obblighi di cui agli artt. 143 c.c. cade anche la base logica della presunzione di interesse per conto di terzi, non essendo più normale, nel mutato quadro dei rapporti personali, quella comunanza di vantaggi che è invece tratto tipico della coppia unita in matrimonio. La predetta considerazione, però, non esclude che possa ricostruirsi *aliunde* una posizione di interesse per conto di terzo tra soggetti separati o divorziati e, a tal fine, potrebbe essere proficuo indagare sui loro rapporti patrimoniali residui: sotto questo profilo, le questioni legate all'obbligo di mantenimento dell'art. 156 c.c. o all'assegno divorzile di cui all'art. 5 della legge 898 del 1970 potrebbero creare degli incentivi per un voto favorevole al precedente coniuge³⁰⁵.

Un discorso simile a quello appena svolto può essere effettuato anche per i rapporti intercorrenti tra genitori e figli.

Più precisamente, se il votante è il figlio di un soggetto beneficiario in via immediata da una decisione societaria, può riscontrarsi agevolmente un interesse mediato del primo all'arricchimento del secondo. Infatti, a norma degli artt. 147 e 316-*bis* c.c. il compito di mantenere economicamente la prole grava sui genitori, sicché si può del pari presumere che un

³⁰⁴ In questi termini, v. Trib. Milano 17 settembre 1987, cit., p. 797 e ss.

³⁰⁵ Si immagini il caso di un soggetto, divorziato, che sia tenuto a pagare periodicamente un assegno divorzile di un certo importo all'ex coniuge; ove la situazione economica dell'obbligato dovesse migliorare sensibilmente, questi potrebbe subire un aumento dell'entità dell'assegno, alla luce del disposto dell'art. 9, I comma, della legge 898 del 1970; onde evitare questo incremento del carico da sopportare, il soggetto, in ipotesi amministratore di una società, potrebbe trovare conveniente l'adozione di una delibera consigliare favorevole per l'ex coniuge, che, in cambio, potrebbe impegnarsi a desistere dalla richiesta di rideterminazione dell'assegno. Si può, ancora, ipotizzare che un soggetto rinunci al versamento periodico dell'assegno, in quanto già soddisfatto da un'attribuzione patrimoniale effettuata dall'ex coniuge amministratore con risorse sociali, *quasi come se* la pretesa in questione sia stata assolta con una "*corresponsione in unica soluzione*" sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 5, VII comma, della legge 898 del 1970. In entrambi gli esempi, l'amministratore finirebbe per strumentalizzare la società per compiere un'operazione destinata a realizzare il suo interesse personale, sebbene in via mediata per il tramite dello spostamento patrimoniale effettuato in favore dell'ex coniuge.

innalzamento della loro ricchezza si traduca in un maggior livello di benessere per i figli.

Ad analoghe conclusioni si può giungere nel caso diametralmente opposto in cui ad essere avvantaggiato in primo luogo dall'operazione della società sia il figlio: il voto del genitore a favore del compimento di un tale affare potrebbe essere interpretato come il mezzo con il quale costui asseconda i bisogni di mantenimento facenti capo alla prole, riducendo così l'onere su di sé gravante ai sensi dei predetti artt. 147 e 316-*bis* c.c.³⁰⁶

Pure in questa sede l'eventuale prova contraria potrà concretarsi nella dimostrazione che l'utilità in esame è destinata ad essere subito consumata o sfruttata esclusivamente dal soggetto al quale in primo luogo essa è rivolta. In aggiunta, pare che per vincere la presunzione di interesse per conto di terzi possa qui darsi rilievo al fatto che il figlio abbia raggiunto l'indipendenza economica³⁰⁷ e non sia più convivente con i genitori, dal momento che in un contesto simile non si può più ritenere presuntivamente esistente la condivisione di vantaggi tra genitori e prole.

Al di fuori, invece, del rapporto coniugale e di quello di filiazione, altri legami di parentela non sono in grado di fondare una presunzione semplice del tipo di quelle prefigurate fino ad ora, non essendoci elementi dai quali ricavare induttivamente quel fenomeno di deviazione dei vantaggi che invero l'interesse per conto di terzi. Dunque, diversamente da quanto si è visto in altre norme del diritto commerciale³⁰⁸, non sarà ad esempio possibile riconoscere rilevanza ai fini degli artt. 2373 e 2391 c.c. alle relazioni, di per sé considerate, tra fratelli, tra zii e nipoti o tra cugini,

³⁰⁶ Anche qui si prospetta uno sfruttamento indebito della società da parte del votante, poiché egli in un certo senso utilizza risorse sociali per adempiere un obbligo che dovrebbe pesare solo sul suo personale patrimonio.

³⁰⁷ Il criterio in questione è menzionato nell'art. 337-*septies* c.c., per il quale il giudice può disporre il pagamento di un assegno periodico a favore dei "*figli maggiorenni non indipendenti economicamente*".

³⁰⁸ Il riferimento è ancora all'art. 2399 c.c., dove le relazioni parentali assumono significato fino al quarto grado.

dovendosi in tali occasioni assolvere integralmente l'onere probatorio relativo all'estremo dell'interesse per conto di terzi³⁰⁹.

In conclusione, le soluzioni proposte in queste pagine sembrano avallate, sia pur quasi mai in modo esplicito, anche dalla prassi giurisprudenziale straniera.

In alcuni ordinamenti, in effetti, l'accertamento da compiere in tema di conflitto di interessi mediato viene presentato in termini piuttosto rigidi, come semplice verifica della sussistenza di un rapporto familiare tra il membro dell'organo sociale e il terzo portatore di interesse personale. Ciò si riscontra, ad esempio, negli Stati Uniti d'America, dove il *Revised Model Business Corporation Act (RMBCA)*³¹⁰ si occupa specificamente dei conflitti di interessi degli amministratori, prevedendo alla *section 8.31-C* che “*if a director has a familial, financial or business relationship with another person having a material interest in a transaction or other conduct involving the corporation [...] there is a potential for that conflicted interest or divided loyalty to affect the director's judgment*”. Inoltre, similmente a quanto si è visto per l'ordinamento spagnolo³¹¹, nella *section 8.60* del predetto Atto si chiarisce che ricorre un'operazione in conflitto di interessi per l'amministratore anche quando ad essere personalmente interessata all'affare sia una persona a lui correlata (*related person*), nozione alla quale sono espressamente ricondotti, tra i molti, la moglie, i figli, i genitori, i nonni, i nipoti dell'amministratore o della moglie di questo³¹². Tutti questi rilievi, peraltro, non possono far passare in secondo piano un aspetto centrale della disciplina, per il quale essa è destinata ad

³⁰⁹ In quest'ottica, di grande importanza può rivelarsi il fatto che i parenti convivano nello stesso nucleo familiare, caratterizzato da una comunanza dei benefici.

³¹⁰ L'atto è elaborato dal *Committee on Corporate Law of the Section of Business Law* con l'ausilio dell'*American Bar Association*. L'edizione che si cita è del dicembre 2007.

³¹¹ v. *supra* pp. 71-73.

³¹² v., in particolare, la *section 8.60-(5)*, ove si registra una accurata elencazione dei soggetti rientranti nel concetto di *related person*.

applicarsi solo quando sia in gioco “*a material financial interest*” rispetto all’operazione societaria. Orbene, tale circostanza denota come il fulcro dell’interesse personale sia sempre costituito da un vantaggio materiale economico, che, pur essendo percepito da un soggetto terzo, acquista rilevanza in quanto suscettibile di essere traslato al *director*. A conferma di ciò, la dottrina americana ha ulteriormente precisato che un “*emotional involvement*” dell’amministratore non è sufficiente per l’integrazione della fattispecie di conflitto di interessi³¹³.

Una situazione normativa non molto diversa da quella italiana si ritrova nell’ordinamento inglese, nel quale il tema dei conflitti di interessi degli amministratori è affrontato dal *Company Law Act* del 2006 e, per ciò che qui più interessa, dalla *section 175*, nella quale l’area applicativa delle norme è estesa ad ogni “*direct or indirect*”³¹⁴ *interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interest of the company*”. Come si evince dalla disposizione appena richiamata, in Inghilterra non si è reputato opportuno procedere ad una individuazione tassativa dei terzi sospetti, essendosi preferito invece demandare al giudice il compito di indagare i connotati concreti della relazione tra l’amministratore e il diverso soggetto coinvolto dall’operazione societaria³¹⁵.

³¹³ v. le parole dell’AMERICAN BAR ASSOCIATION. COMMITTEE ON CORPORATE LAWS, *Model Business Corporation Act annotated: official text with official comments*, 2005, 8.147. V. anche VENTORUZZO-CONAC-GOTO-MOCK-NOTARI-REISBERG, *Comparative corporate law*, St. Paul (MN), 2015, p. 316, dove si legge che “*often, but not always, also indirect interests might be relevant, for example when the conflict is with a close family member of the director*”; se non sempre il legame parentale è idoneo ad attivare la disciplina del conflitto di interessi, ciò significa che ad essere decisiva a tal fine è un’altra circostanza, presuntivamente ritenuta esistente grazie al suddetto legame ma ferma restando la possibilità di dimostrare il contrario.

³¹⁴ Il senso dell’aggettivo *indirect* deve essere ricostruito alla luce delle considerazioni svolte a p. 50.

³¹⁵ Sottolinea questo dato CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 126. Anche in Inghilterra, peraltro, gli studiosi evidenziano qualche incertezza allorché si tratta di dare un significato più preciso alla fattispecie in discorso. Ne è la prova quanto si legge in BIRDS-BOARDMAN-HILDYARD-MILES, *Annotated Companies Legislation*, 2010, Oxford, p. 218, per il quale “*the director does not need to be a party to the transaction with the company in order for a declaration to be required under this section, for example, where the director’s spouse enters into a transaction with the company that may (but need not necessarily) give rise to an indirect interest on the part of the director in that transaction*”: specificare che non necessariamente l’operazione favorevole per la moglie è in grado

Le stesse considerazioni possono riproporsi per l'ordinamento francese, che agli artt. 225-38 e ss. del *Code de Commerce* detta norme sulle *conventions* tra la società e gli amministratori, anche concluse in via indiretta³¹⁶, dove quest'ultima espressione sembra sia stata ricostruita dalla giurisprudenza in modi assimilabili a quelli proposti in questo studio. Sebbene si tratti di un caso molto risalente, si mostra estremamente utile in proposito una sentenza della Cour de Cassation Civile, Chambre Commercial, pronunciata il 23 gennaio del 1968³¹⁷ e relativa ad una promessa di vendita di un immobile stipulata da un amministratore di società in favore della propria moglie. Nell'accogliere la domanda di invalidità del contratto, i giudici attribuirono peso determinante al fatto che il marito amministratore sarebbe andato a vivere con la moglie nell'immobile acquistato da quest'ultima, senza che a nulla rilevasse il regime di separazione dei beni esistente tra i due coniugi: tale riferimento sembra quindi allontanarsi da quell'approccio basato sulla mera rilevazione del rapporto parentale e rende palese invece l'accoglimento della prospettiva della condivisione dei vantaggi che qui si è inteso proporre³¹⁸.

di configurare un "*indirect interest*" dell'amministratore rischia di rivelarsi inutile, se non si precisa cosa occorre invece perché questo interesse sussista.

³¹⁶ È anche vero però che, negli studi condotti sull'argomento, non sempre si è colta la portata di questa ampia scelta normativa, come dimostrano alcune ricostruzioni risoltesi in una ricerca dei rapporti significativi: v., ad esempio, PIETRANCOSTA-DUBOIS-GARÇON, *Corporate Boards in France*, in DAVIES-HOPT-NOWAK-VAN SOLINGE, *Corporate boards in law and practice. A comparative analysis in Europe*, Oxford, 2013, p. 214.

³¹⁷ Cass. com. 23 gennaio 1968, in *Bull. Cass.*, IV, p. 28. La pronuncia è segnalata anche da HOPT, *Self-dealing and the Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Director's Conflict of Interests*, in HOPT-TEUBNER, *Corporate Governance and Director's Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin-New York, 1985, p. 314

³¹⁸ Particolarmente vicine alle riflessioni esposte in questo paragrafo appaiono soprattutto queste parole: "*quel que soit leur regime matrimonial, les epoux Y. habitent ensemble dans les lieux faisant l'objet de la promesse de vente, [...] Y., administrateur, est donc bien indirectement beneficiaire de la convention litigieuse*".

3 - I rapporti di controllo e di gruppo.

Un altro campo nel quale la questione degli interessi per conto di terzi si è posta con molta frequenza è costituito dalle operazioni tra società legate da rapporto di controllo o appartenenti ad un gruppo societario.

Non essendo sul punto possibile ripercorrere diffusamente le tappe dell'evoluzione della cultura giuridica, per il discorso da affrontare è sufficiente ricordare che le nozioni di controllo e di gruppo non coincidono.

Più in dettaglio, il controllo societario viene individuato dall'art. 2359 c.c. e si realizza quando una società possa dirsi sottoposta all'influenza dominante di un'altra società³¹⁹, che, secondo la ricostruzione più accreditata, ha il potere di incidere in modo significativo sull'attività gestionale della prima³²⁰.

L'espressione "*gruppo di società*", invece, non si ritrova nel codice civile, che, in una prospettiva diversa, contempla agli artt. 2497 e ss. una disciplina della "*attività di direzione e coordinamento*", introdotta con la riforma del diritto societario del 2003. Come si è accennato, il legislatore ha con questa scelta manifestato l'intenzione di andare oltre il semplice controllo societario, richiedendo una più incisiva attività, da un lato, di direzione unitaria, consistente nella gestione accentrata da parte della

³¹⁹ Sulla centralità di questo profilo v., per tutti, ANGELICI, *La partecipazione azionaria nella s.p.a.*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vo. XVI, tomo II, Torino, 1985, p. 333. Incidentalmente, si noti che l'influenza dominante rappresenta il fulcro della nozione non solo per le ipotesi di controllo interno di fatto e di controllo esterno contrattuale, per le quali questa locuzione compare espressamente (nn. 2 e 3 dell'art. 2359, I comma, c.c.), ma anche per il controllo interno di diritto (n. 1 dell'art. 2359, I comma, c.c.), poiché chi dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria è in grado di orientare a proprio piacimento le più importanti decisioni dell'organo assembleare: così LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995, pp. 62-63; cfr. anche SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 468; MINERVINI, *La capogruppo e il "governo" del gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1568.

³²⁰ v., tra i molti, già il pionieristico lavoro di PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957, p. 28; anche PAVONE LA ROSA, "*Controllo e gruppo*" nella fenomenologia dei collegamenti societari, in *Dir. fall.*, 1985, p. 19; SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, p. 103.

capogruppo di funzioni amministrative di varie società, e, dall'altro, di coordinamento, da intendersi come unità globale degli indirizzi gestori perseguiti³²¹.

Peraltro, sebbene la distanza sia netta sul piano teorico, si è preso atto delle possibili interferenze tra i due fenomeni considerati e si è conseguentemente stabilito, all'art. 2497-*sexies* c.c., che l'attività di direzione e coordinamento può ritenersi presuntivamente esercitata, salva prova contraria³²², dalla società controllante o obbligata alla redazione del bilancio consolidato.

Poste queste brevissime premesse, il problema del particolare atteggiarsi del conflitto di interessi nell'ambito delle relazioni di controllo societario ha una lunga storia, iniziata prima che il codice civile venisse riformato nel 2003 nel senso sopra precisato.

Già il risalente caso deciso dal Tribunale di Aosta con sentenza del 3 luglio del 1971³²³ testimonia quante disfunzioni possano emergere in fase di assunzione delle delibere, allorché ci si serva di società tra loro connesse per il tramite di reciproche partecipazioni.

I fatti oggetto della controversia si presentavano esasperatamente articolati. Un azionista si doleva del fatto che l'assemblea della società di

³²¹ Il terreno per l'introduzione della normativa sull'attività di direzione e coordinamento è stato preparato dalla dottrina diversi anni prima della riforma del 2003. I concetti di direzione unitaria e di coordinamento sono stati approfonditi soprattutto da FERRI G., *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Atti del convegno svoltosi a Bellagio, 19-20 giugno 1981*, Milano, 1982, p. 72; ID., *Le società*, in *Trattato* diretto da F. Vassalli, Torino, 1985, p. 966 e ss.; JAEGER P.G., *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1432; PAVONE LA ROSA, "Controllo e gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari, cit., pp. 15-20; SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 28 e ss.; PENNISI, *Attività di direzione e potere della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, p. 39 e ss. Dopo la riforma, v. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 320 e ss.; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 23 e ss.

³²² Sul ruolo della prova contraria, v. ampiamente NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 993; MONTALENTI, op. loc. ult. cit.

³²³ Trib. Aosta 3 luglio 1971, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, p. 132 e ss.

appartenenza avesse respinto la proposta, da lui avanzata, di agire in giudizio per accertare la illegittimità di alcuni contratti da quella stipulati con un'altra società terza, e chiedeva pertanto l'annullamento della delibera reiettiva, reputandola viziata da conflitto di interessi. Sotto questo aspetto, evidenziava che il voto determinante per la non approvazione della decisione da lui caldeggiata era stato espresso da una società che, oltre ad essere azionista della società della cui delibera si trattava, aveva anche una partecipazione nella società con la quale intercorrevano i predetti rapporti contrattuali che l'impugnante desiderava fossero rimossi. Secondo quanto risulta dal provvedimento, nella prospettiva di parte attrice si sarebbe dunque appalesato conflitto di interessi per conto di terzi, caratterizzato da una situazione di "*contitolarità dell'interesse in conflitto*"³²⁴, in quanto il respingimento della decisione richiesta all'assemblea avrebbe avvantaggiato in primo luogo la società terza, interessata al mantenimento dei contratti su riferiti, ma in secondo luogo anche la società votante, che nell'altra deteneva un pacchetto azionario. Il Tribunale si orientò per il rigetto della domanda, ritenendo che la fattispecie di interesse per conto di terzi ricorresse soltanto in caso di rapporto di rappresentanza tra il terzo, nelle vesti di rappresentato, e il socio, nelle vesti di rappresentante³²⁵.

Se si scende in profondità nella lettura della motivazione, tuttavia, sembra si possa sostenere che a guidare il giudicante nella sua decisione siano state altre ragioni³²⁶, riassumibili nell'esigenza di non scoraggiare gli incroci di partecipazioni tra società mediante una eccessiva dilatazione dell'area del conflitto di interessi mediato.

³²⁴ Così Trib. Aosta 3 luglio 1971, cit., p. 136.

³²⁵ Così Trib. Aosta 3 luglio 1971, cit., p. 143. La tesi alla quale il giudice aderisce, quantunque si ritrovi anche in sentenze più recenti, come la già segnalata Trib. Piacenza 12 gennaio 1987, cit., p. 213, non può essere condivisa e sembra ancora risentire del vecchio testo dell'art. 150 del codice di commercio del 1882, in tema di conflitto di interessi dell'amministratore. V. p. 40, n. 97.

³²⁶ Ciò è tanto vero che in nessuna parte del provvedimento ci si interroga sull'eventuale presenza di un potere di rappresentanza in capo alla società del cui voto si discute.

Ciò si mostra evidente se solo si considera che, per respingere la tesi dell'attore, il Tribunale è costretto a ripiegare sull'argomento, un po' formalistico, per il quale non vi sarebbe un interesse attuale della socia per conto della terza società, poiché le partecipazioni in questa erano state alienate alcuni mesi prima della delibera impugnata³²⁷.

Perplessità ben maggiori desta il passo della sentenza in cui si esclude che possa rilevare ai fini dell'interesse per conto di terzi il fatto che la socia votante e la predetta società terza fossero entrambe partecipate – la prima addirittura controllata³²⁸ - da una quarta società.

La fragilità del percorso motivazionale si avverte specialmente quando si legge che *“opinando diversamente si verrebbe a dare una dilatazione al concetto, tale da comprendere in una posizione conflittuale situazioni in cui solo mediatamente possono ravvisarsi gli estremi di un contrasto”*³²⁹. A voler essere precisi, il Tribunale avrebbe potuto chiedersi quantomeno se il vantaggio conseguito formalmente solo da una società potesse essere

³²⁷ In realtà, la circostanza della dismissione del pacchetto azionario potrebbe non essere sufficiente ad escludere un interesse mediato della persona giuridica votante all'arricchimento della società in precedenza partecipata, in quanto l'ex socia potrebbe continuare ad avere, dopo la cessazione della qualità di azionista, affari in sospenso o occasioni di condivisione di vantaggi con quella società. Non convincono a pieno, dunque, le affermazioni della sentenza, per le quali al tempo della riunione assembleare la votante *“non aveva più alcun interesse né diretto né indiretto [...] posto che essa era ormai estranea alle vicende”* della società immediatamente beneficiata dalla delibera. Inoltre, se per evitare l'art. 2373 c.c. in un caso del genere bastasse liberarsi anche momentaneamente delle azioni che radicano un interesse personale, si potrebbe immaginare che il socio concluda un contratto di riporto al solo scopo di risultare privo di partecipazioni e quindi *“non interessato”* al momento del voto, con sostanziale elusione della norma in esame. A difesa della sentenza va però riconosciuto che, sul punto, l'attore non era stato capace di addurre elementi idonei a dimostrare il persistere di una convenienza per la socia asseritamente in conflitto, essendo stata soltanto prospettata genericamente la fittizietà del cennato trasferimento di azioni. Sia pur di passata, va infine rilevato che il caso affrontato si connotava anche per un ulteriore fattore di complicazione, poiché il soggetto in ipotetico conflitto era rappresentato da un ente collettivo: in situazioni come queste, occorre chiedersi se la posizione di interesse rilevante ex art. 2373 c.c. debba essere accertata in capo all'ente stesso in quanto tale o in capo alla persona fisica che ne costituisce l'organo; in proposito, si potrebbe pensare di risolvere il quesito alla luce delle conclusioni raggiunte dalla dottrina in materia di imputazione di conoscenza, sulla quale, v., per tutti, CAMPOBASSO M., *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, p. 172 e ss. e, soprattutto, p. 241 e ss. La questione potrebbe porsi anche in relazione all'art. 2391 c.c., qualora si dovesse ritenere legittima la nomina di persona giuridica come amministratore di società per azioni: sul tema, v. l'esauriente trattazione di CETRA, *La persona giuridica amministratore*, Torino, 2013.

³²⁸ Così Trib. Aosta 3 luglio 1971, cit., p. 137.

³²⁹ Trib. Aosta 3 luglio 1971, cit., p. 143. Il disagio avvertito dal Tribunale risulta palpabile laddove si precisa che il risultato applicativo immaginato dall'attore *“francamente pare al Collegio eccessivo”*.

condiviso con altri enti con i quali intercorrevano rapporti di partecipazione o di controllo.

Ad ogni modo, da questa sentenza pare emergere una venatura di preoccupazione nei confronti di applicazioni troppo disinvolute delle norme sul conflitto di interessi, quando vengano in rilievo società intrecciate tra di loro.

Il tema ha progressivamente assunto un ruolo centrale nel dibattito degli studiosi, in concomitanza con la crescente affermazione dei gruppi di società. Non esistendo, infatti, fino al 2003 una regolamentazione organica in merito, la dottrina e la giurisprudenza si sono sin da subito interrogate su quale fosse la disciplina più appropriata per governare questo fenomeno e, segnatamente, sulla possibilità di fare ricorso a tal fine agli artt. 2373 e 2391 c.c.

In una prima fase, si è rivelato prevalente l'orientamento tendente a ravvisare nello svolgimento delle “*politiche di gruppo*” un'ipotesi di perseguimento di interesse extrasociale. Di questo avviso si è mostrata in particolare quella dottrina³³⁰ per la quale l'appartenenza ad un gruppo imprenditoriale non determinerebbe un ampliamento o una modifica dei contorni dell'interesse delle singole società, dal momento che esse rimangono, per riconoscimento unanime, autonome e distinte³³¹. Ne conseguirebbe che gli amministratori devono svolgere le loro funzioni

³³⁰ v. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai “battelli del Reno” alle navi vichinghe*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 48 e ss.; ID., *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1085 e ss.; COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1073 e, soprattutto, p. 1081 e ss.; BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 219 e ss.; SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 233 e ss.

³³¹ BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., p. 220. Sulla alterità soggettiva delle società del gruppo non esistono dubbi, come rileva anche GALGANO, *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 342 e ss., che pure sostiene la tesi dell'unità economica del gruppo societario.

esclusivamente tenendo presente l'interesse della società da loro amministrata e che, al contrario, non possono legittimamente lasciarsi influenzare dalle pressioni esercitate dalla società di vertice o comunque dai soggetti che rappresentano il centro direzionale dell'impresa di gruppo³³². A ragionare diversamente, infatti, si finirebbe per giustificare anche il compimento di atti depauperatori delle singole entità societarie, con inevitabile pregiudizio per i creditori e per i soci estranei al gruppo medesimo³³³. In quest'ottica, ogni cedimento degli amministratori alle direttive impartite dalla capogruppo integrerebbe gli estremi del conflitto di interessi³³⁴, con conseguente attivazione del rimedio reale e di quello risarcitorio³³⁵.

Si è peraltro ribattuto che una tale ricostruzione finirebbe per ritagliare al gruppo societario uno spazio estremamente marginale, dal momento che la sua legittimità verrebbe confinata ai soli casi di coincidenza totale degli interessi di tutte le società ad esso appartenenti³³⁶: in altre parole, le

³³² Per la nettezza delle conclusioni, v., in giurisprudenza, Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1174 e ss., in cui il Supremo Collegio afferma espressamente che l'azione dell'organo amministrativo incontra un limite nel dovere di conformità all'interesse della singola società del gruppo; Cass. 8 maggio 1991, n. 5123, in *Foro it.*, 1992, I, p. 817 e ss., per la quale la nozione di interesse sociale dev'essere ricostruita alla luce dell'autonomia soggettiva delle varie componenti del gruppo.

³³³ v. le riflessioni di D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società e, specialmente, cit.*, p. 1091, per il quale "se si istituzionalizzano le politiche di gruppo, se si legittima il perseguimento, da parte degli organi sociali, di interessi extrasociali (siano essi quelli della controllante, o quelli di altra società, o quelli del gruppo stesso, comunque intesi), se si consente l'utilizzazione della società per procurarsi *Sondervorteile*, si distorce la causa del contratto, quale definita dalla legge e si trasforma la società in qualcosa di causalmente altro".

³³⁴ v. BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., p. 222, in cui l'A. prospetta conflitto di interessi ove l'amministratore di società controllata faccia prevalere in un'operazione l'interesse della controllante o del gruppo o di una sua componente. Convinto della necessità di applicare al problema le norme sul conflitto di interessi è anche SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, cit., p. 244, ad avviso del quale il regime del conflitto d'interessi si presta a tutelare adeguatamente l'interesse dei soci esterni al gruppo senza "disfunzioni intollerabili" nel governo delle varie società del gruppo.

³³⁵ Per quanto riguarda la responsabilità, secondo un insegnamento costantemente riaffermato, la *business judgement rule* non opererebbe in caso di violazione da parte degli amministratori di specifici obblighi posti a loro carico, tra i quali quello di non agire in conflitto d'interessi. Così, per tutti, BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., p. 8.

³³⁶ Così, in definitiva Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, cit., sebbene interpretata come segno di apertura verso l'interesse di gruppo da GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 401 e ss.; diversamente, vede nella sentenza una

sinergie tra società sottoposte alla medesima direzione non potrebbero mai contemplare sacrifici, neppure temporanei e successivamente bilanciati, a carico delle varie entità del gruppo, con il che la portata del fenomeno si riduce ad un'espressione meramente descrittiva³³⁷.

Non accettando una siffatta visione mortificatrice del gruppo, altra parte della dottrina ha invece vigorosamente sostenuto la necessità di superare in questo contesto la “*imbelle, ipocrita e decettiva*” disciplina del conflitto di interessi. Essa, infatti, pur con il declamato scopo di salvaguardare l'equilibrio economico-finanziario delle varie società, ostacola pericolosamente il ruolo della maggioranza, costringendola a ripiegare su infinite scappatoie volte a sfuggire le situazioni sospette, o, peggio, ad abdicare dai suoi compiti direttivi per trasferirli alla minoranza³³⁸.

In modo parzialmente meno dirompente, un'altra corrente di pensiero – che si muove nella medesima direzione - ha prospettato la necessità di distinguere tra il perseguimento dell'interesse di gruppo in senso proprio, da reputarsi legittimo, e il perseguimento dell'interesse di una singola società del gruppo medesimo e, soprattutto, della società controllante, che al contrario rientrerebbe nella fattispecie del conflitto d'interessi³³⁹. In quest'ottica, la fisiologica realizzazione dell'interesse di gruppo autorizzerebbe il compimento di atti che, seppur pregiudizievoli se

riconferma delle norme sul conflitto d'interessi BIN M., *Gruppi di società e diritto commerciale*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 507 e ss.

³³⁷ Lo rileva il MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 725, sottolineando che riconoscere come legittimo il perseguimento dell'interesse di gruppo solo quando esso non confligge con l'interesse delle singole controllate è in realtà una contraddizione in termini.

³³⁸ MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 729 e ss. e, in particolare, p. 732 e ss.

³³⁹ Si tratta della nota posizione di GALGANO, *Il punto della giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 897 e ss.

isolatamente considerati, assicurino nel complesso una positiva situazione economico-finanziaria di tutte le società dell'aggregato imprenditoriale.

Le contrapposizioni a cui si è appena fatto cenno, peraltro, si sono rivelate in concreto meno significative di quanto ci si potesse attendere dalle nette affermazioni impiegate dai vari Autori. Come è stato invero rilevato da un'attenta dottrina³⁴⁰, la tesi di quanti riconoscono nel gruppo una realtà ineliminabile dell'ordinamento, in molti casi, conduce ad esiti pressoché analoghi a quelli prefigurati da coloro che formalmente invocano la persistente operatività della disciplina del conflitto d'interessi. Chi ammette, infatti, la legittimità del fenomeno di gruppo suole temperare tale conclusione precisando che i sacrifici imposti alle singole società non devono essere eccessivi o devono comunque essere compensati, in modo tale che sia rispettato l'equilibrio economico-finanziario delle stesse³⁴¹. Il risultato pratico, in questo modo, non è tuttavia diverso da quello raggiunto dai fautori del conflitto d'interessi, poiché per questi ultimi la sussistenza della fattispecie deve essere verificata mediante un'analisi del singolo caso, dalla quale potrebbe emergere che l'operazione non è rilevante ai fini degli artt. 2373 e 2391 c.c., in quanto controbilanciata da altre deliberazioni di segno inverso idonee a rimuovere il danno patito dalle singole società per le decisioni di gruppo³⁴².

³⁴⁰ Chiarissimo, in tal senso, MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 723 e ss.

³⁴¹ V. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 738. Interpreta così il pensiero di Mignoli anche COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, cit., p. 1076.

³⁴² Così BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., p. 224 e ss. e, specialmente, p. 226; v. anche COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, cit., p. 1081, il quale, dopo aver qualificato l'interesse di gruppo come extrasociale, chiarisce che esso può non essere antisociale e che, pertanto, le decisioni influenzate dalla direzione unitaria non sono attaccabili, sul piano della validità, ove siano rispettati i criteri di solidarietà economica e finanziaria nella gestione. A sostenere la vicinanza degli sbocchi riferiti è, oltre MONTALENTI, op. loc. ult. cit., anche MIGNOLI, op. loc. ult. cit., per il quale gli autori che difendono l'applicabilità della normativa del conflitto di interessi farebbero seguire "al rigore della tesi [...] il soave adattamento dell'antitesi".

Le considerazioni appena illustrate hanno trovato nel tempo accoglimento in diverse pronunce, nelle quali la questione è stata affrontata prevalentemente in relazione alle garanzie prestate da una società in favore di un'altra componente del gruppo di appartenenza³⁴³. Orbene, nella quasi totalità dei provvedimenti emessi tra gli anni Settanta e la riforma del diritto societario del 2003, la giurisprudenza si è espressa nel senso della ricorrenza del conflitto di interessi solo nei casi in cui l'atto contestato fosse tale da scardinare la solvibilità della società eterodiretta, mentre si è negata la illegittimità dell'operato degli organi sociali allorché le decisioni pregiudizievoli, condizionate dal gruppo di vertice, fossero state elise da misure di segno opposto o rispondessero in ultima istanza alle esigenze della società deliberante.

Non sempre, peraltro, è emerso in modo nitido se tale approdo fosse giustificato dall'assenza dell'estremo del pregiudizio³⁴⁴ o dell'estremo del

³⁴³ Il problema si era posto già in Cass. 25 ottobre 1958, n. 3471, e Cass. 20 giugno 1958, n. 2148, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, p. 27 e ss., nell'ambito delle quali gli amministratori di una società avevano prestato una fideiussione a garanzia dei debiti obbligazionari di un'altra società alla cui sorte erano interessati; le sentenze suscitarono un certo clamore, in quanto la scelta di considerare sussistente il conflitto in capo agli amministratori, che pure erano gli unici soci della società fideiubente, fu motivata dalla Cassazione con un aperto richiamo alla teoria istituzionalistica dell'interesse sociale. V. il commento critico alle sentenze di FERRI G., *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale e conflitto di interessi*, *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, p. 27 e, in specie, p. 34, in cui si evidenzia che "se poi l'interesse superiore e distinto è quello dell'impresa in sé e per sé – e in verità non è dato comprendere come questa tesi si possa conciliare con l'ordinamento attuale italiano della società -, si sarebbe dovuto tener conto che, nel fenomeno di gruppo e delle società collegate, ad una impresa economicamente unitaria corrisponde una pluralità di organizzazioni giuridiche, con la conseguenza che l'interesse dell'impresa non coincide con quello di una singola organizzazione giuridica, ma coincide con quello del gruppo. Sì che, avendo riguardo all'interesse dell'impresa in sé e per sé, si deve arrivare proprio al risultato opposto a quello cui è pervenuto il Supremo Collegio, al risultato cioè di ritenere perfettamente ammissibile il sacrificio dell'interesse di una singola organizzazione societaria, quando esso consente la realizzazione di un vantaggio per il gruppo, e cioè per l'impresa".

³⁴⁴ In quest'ottica sembrano spiegabili, seppure in relazione all'art. 2409 c.c., Decr. Trib. Verona 7 febbraio 1990, in *Le società*, 1990, p. 801 e ss.; Decr. App. Milano 11 luglio 1991, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 257 e ss.; Decr. Trib. Milano 19 marzo 1993, in *Le società*, 1993, p. 1247 e ss., con nota di MORELLI: in tutti questi provvedimenti si è ritenuto assente l'estremo del pregiudizio sociale, atteso che esso era stato eliminato dai vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo; un orientamento simile risulta anche da Decr. Trib. Verona 31 gennaio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, p. 783 e ss., con nota di COTTINO, essendosi ravvisata grave irregolarità poiché le operazioni infragruppo erano state compiute a condizioni non normali e avevano determinato un trasferimento di attività dalla controllata alla controllante. Per quanto più propriamente riguarda il rimedio reale dell'annullamento delle delibere, v. Trib. Velletri 27 aprile 1992, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 355 e ss., con nota di DI GRAVIO, dove si precisa che il conflitto di

conflitto³⁴⁵. Al contempo, a rendere ancora più incerto l'impianto argomentativo ha contribuito anche la sovente sovrapposizione dell'indagine in esame con la diversa questione dell'eventuale superamento dei confini dell'oggetto sociale da parte dell'atto contestato³⁴⁶.

Le nebbie di questo percorso motivazionale - necessario per sterilizzare nei gruppi le norme sul conflitto d'interessi³⁴⁷ - non sono state diradate neppure dai più lucidi tentativi di razionalizzazione effettuati dalla

interessi non deve ritenersi *in re ipsa* per via dell'inserimento della società in un gruppo, ma sussiste se quest'ultima non percepisce dall'operazione alcun vantaggio riequilibratore o, peggio, se l'atto è volto soltanto a depauperare una società a beneficio di un'altra.

³⁴⁵ Da questo punto di vista, soprattutto, esprime riserve sulla automatica invalidità delle decisioni influenzate dalla politica di gruppo Cass. 22 giugno 1990, n. 6278, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 45 e ss., in cui l'analisi sembra in effetti essere impostata sul diverso terreno della extrasocialità o meno dell'interesse perseguito dagli amministratori.

³⁴⁶ Questa commistione dei piani risale già a Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 771 e ss., con nota di LA VILLA, *Atti estranei all'oggetto sociale e collegamento fra società*, e in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220 e ss., con nota di FERRI G., *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui e atti estranei all'oggetto sociale*, ove si affermò che "gli interventi gratuiti [...] debbono presumersi [...] come atti preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pure mediato e indiretto ma giuridicamente rilevante", sicché "non possono pertanto, a causa della semplice mancanza di controprestazioni contrattuali esigibili, essere considerati contrari o estranei al conseguimento dell'oggetto sociale della società che li ha compiuti". Dalla sentenza citata appare evidente che, se si sostiene che l'atto gratuito non eccede il limite dell'oggetto sociale poiché risponde, anche se in via mediata, all'interesse sociale, si sta in realtà dimostrando la non ricorrenza, nell'operazione, di un interesse extrasociale. La stessa impostazione appena vista è stata adottata da Cass. 10 aprile 1999, n. 3514, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 593 e ss.; da Cass. 15 giugno 2000, n. 8159, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 34 e ss.; sembra anche da Cass. 4 ottobre 2010, n. 20597, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1348 e ss., con nota di BENEDETTI, nonostante il diverso avviso espresso da tale Autore, in quanto la verifica del conflitto di interessi è palesemente influenzata dal rilievo dell'esorbitanza della fideiussione rispetto all'oggetto sociale (v., in particolare, p. 1350, in cui si legge che "se il nodo centrale della controversia deve essere individuato nell'interesse tutelato, al momento in cui l'amministratore unico agisce, ma in cumulo di incarichi con le due società, la valutazione della rilevanza di una delibera illecita essendo contraria all'oggetto sociale e dannosa per i terzi creditori, ad eccezione della banca favorita, non era in termini di irrilevanza, ma doveva essere considerata come indice certo di un interesse conflittuale, per la incompatibilità delle esigenze tra le due entità societarie"). Non essendo possibile in questa sede una trattazione diffusa dell'argomento, basti ricordare che l'art. 2384-bis c.c., per il quale l'estraneità all'oggetto sociale dell'atto gestorio poteva essere opposta dalla società al terzo di mala fede, è stato abrogato dalla riforma del 2003, in seguito alla quale, per taluni, rimane utilizzabile a tal scopo solo l'attuale disposto dell'art. 2384, comma II, c.c., che consente di attribuire rilievo ai limiti al potere di rappresentanza degli amministratori, posti dallo statuto o da delibere assembleari, esclusivamente ove il terzo abbia agito con l'intenzione di danneggiare la società; sul punto, v., per tutti, BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 76 e ss., e LOLLI, *Poteri di rappresentanza degli amministratori e opponibilità ai terzi degli atti estranei all'oggetto sociale*, nota a Trib. Lucca 23 agosto 2006, in *Le società*, 2008, p. 89 e ss.

³⁴⁷ Come si è già notato, quantunque ciò possa apparire sorprendente, le molteplici ricostruzioni della dottrina, pur se accompagnate a volte da formali declamazioni di principio, convergono pressoché sempre verso la non invalidità delle decisioni condizionate dalla politica di gruppo, allorché per la società deliberante il "saldo complessivo" debba ritenersi positivo alla luce di operazioni compensative o di benefici comunque derivanti dalla soggezione a direzione unitaria; se ciò è vero, dunque, la differenza tra le varie correnti di pensiero riguarda solo la strada seguita per conseguire questo risultato.

dottrina³⁴⁸, che pure hanno avuto il merito di guardare con realismo un fenomeno forse studiato fino ad allora con troppo trasporto ideologico.

Si è, più precisamente, sostenuta la necessità di compiere un giudizio sulla esistenza di “*vantaggi compensativi*” in grado di riequilibrare il peso economico gravante su una società a causa di operazioni infragruppo, “*al fine di stabilire la legittimità, e cioè la non extra-socialità, del perseguimento dell’interesse di gruppo*”³⁴⁹; si è poi ulteriormente specificato che siffatta ricostruzione dovrebbe configurarsi come “*procedimento valutativo tecnico di carattere economico-funzionale e non quantitativo reso, e perciò successivamente controllato (in sede giudiziale), in base agli elementi noti al momento in cui l’operazione intragruppo viene decisa*”³⁵⁰.

Anche dopo queste riflessioni, tuttavia, alcuni aspetti rimangono insoluti. Pur essendo vero che l’indagine sulla extrasocialità dell’interesse perseguito viene condotta alla luce del risultato ragionevolmente atteso - e non alla luce del risultato finale³⁵¹ -, l’individuazione nella insolvenza del *discrimen*³⁵² tra legittimo e illegittimo finisce per riproporre quella compenetrazione tra conflitto di interessi e danno. Se si ritiene che ad

³⁴⁸ Ci si riferisce, segnatamente, ai lavori di MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993, p. 123 e ss., e di MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 726 e ss.

³⁴⁹ Così, testualmente, MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 730.

³⁵⁰ Si afferma quindi, correttamente, che il giudizio di non extrasocialità dell’interesse di gruppo deve essere condotto *ex ante*: così MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., pp. 730-731. A conclusioni non dissimili giunge MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, cit., pp. 136-140, in cui l’A. propone di verificare la sussistenza del conflitto d’interessi nel gruppo tenendo conto anche dei vantaggi derivanti dalla appartenenza allo stesso e, in particolare, dei vantaggi indiretti che la delibera della società è idonea a realizzare, in tal modo soddisfacendo, sempre in via indiretta, l’interesse sociale.

³⁵¹ MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 730 e ss., dove si aggiunge che il giudizio di compatibilità dell’interesse sociale con l’interesse di gruppo va strutturato in termini di “*razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell’operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale né necessariamente quantitativo*”.

³⁵² Così MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, cit. p. 732.

inficiare le operazioni di gruppo sia la loro pericolosità per la solvenza delle società dell'aggregato, in altri termini, si mettono in campo categorie concettuali che attengono più al campo della responsabilità che a quello dell'annullabilità delle delibere per conflitto d'interessi, nell'ambito del quale, invece, ci si dovrebbe interrogare soprattutto – anche se non solo – sulla presenza o meno di un interesse personale del votante in grado compromettere il miglior soddisfacimento dell'interesse sociale.

L'inestricabilità di questo nodo gordiano dipende invero dal fatto che la normativa del conflitto d'interessi societario *non è stata pensata* per occuparsi del tema delle ingerenze del gruppo di vertice nell'attività gestionale delle singole eterodirette e non è, di conseguenza, capace di soddisfare le aspettative di tutela dei creditori e dei soci esterni di queste.

Pure la dottrina che con maggior forza ha difeso l'applicabilità nei gruppi degli artt. 2373 e 2391 c.c. ha sempre riconosciuto l'inadeguatezza di queste disposizioni rispetto allo specifico problema da fronteggiare.

Infatti, i rimedi reali e risarcitori ivi contemplati, appuntandosi su singoli atti, sembrano proiettati verso situazioni patologiche episodiche e occasionali; al contrario, nei gruppi societari la dialettica e lo scontro tra interessi di varie società presenta carattere istituzionale e sistematico³⁵³, sicché la minaccia del conflitto d'interessi potrebbe determinare una costante paralisi del gruppo di comando e veicolerebbe un chiaro messaggio dell'ordinamento contro la formazione dei grandi aggregati imprenditoriali.

Da un altro punto di vista, si è del pari messa in luce l'insufficienza per difetto della fattispecie del conflitto d'interessi, poiché il fatto che essa

³⁵³ Così D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle navi vichinghe*, cit., p. 50; ID., *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*, cit., p. 1087; in questi termini, anche HOPT, *Self-dealing and the Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Director's Conflict of Interests*, in HOPT-TEUBNER, *Corporate Governance and Director's Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin-New York, 1985, p. 311.

poggi su un singolo atto societario esige che in relazione a quest'ultimo sia ricostruita una posizione di interesse personale del socio o dell'amministratore potenzialmente inconciliabile con l'interesse sociale. Ciò potrebbe rivelarsi un serio ostacolo all'applicazione delle disposizioni citate, che, per come sono formulate, non sembrano poter ricomprendere il caso in cui il condizionamento operato dal socio di controllo produca in capo al votante una "sensibilità" all'orientamento della maggioranza: tale stato soggettivo, infatti, non autorizza a ritenere il suddetto soggetto *ex se* portatore di interesse contrastante con quello della società di appartenenza, sia pure per conto di terzi³⁵⁴. Anzi, se si concentra l'attenzione sull'art. 2391 c.c.³⁵⁵, pare difficile sostenere che l'amministratore della eterodiretta, supinamente piegatosi ai dettami della *holding*, ricavi per ciò solo un vantaggio personale idoneo a compromettere la validità del deliberato consiliare, e le conclusioni non mutano se si invoca la nozione di interesse per conto di terzi, atteso che anche questa richiede, come si è visto più volte, una sia pur mediata partecipazione dell'amministratore all'utilità immediatamente conseguita dal terzo.

³⁵⁴ Così D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*, cit., pp. 1087-1088; v., anche, ID., *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle navi vichinghe*, cit., p. 50, ove l'A. nota che gli artt. 2373 e 2391 c.c. "presupporrebbero che gli interessi di gruppo fossero rappresentati da persone legate ad altre unità del gruppo medesimo da nessi precisi ed oggettivamente individuabili: il che spesso non accade".

³⁵⁵ Si consideri che, se in linea teorica il conflitto per conto di terzi nei gruppi societari può ipotizzarsi anche per le delibere assembleari, in pratica questa evenienza si presenta estremamente rara, dal momento che la quasi totalità delle operazioni infragruppo è rimessa alla competenza dell'organo amministrativo. Per altro verso, nelle operazioni straordinarie, in cui pure potrebbe emergere una situazione di conflitto di interessi, sembra per lo più prospettabile un interesse per conto proprio del votante: si pensi ad esempio ad una fusione in cui la società incorporante sia azionista della incorporata, nel qual caso potrebbe configurarsi un conflitto tra l'interesse extrasociale, proprio del socio incorporante, ad avere un rapporto di cambio minimo e l'interesse sociale, proprio della incorporanda, ad avere il rapporto di cambio massimo. Su tali problemi, v. GRASSETTI, *Fusione per incorporazione e conflitto di interessi*, in *Giur. comm.*, I, 1979, p. 795 e ss.; PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 452 e ss., per il quale "in questo caso tale socio può avere interesse ad un rapporto di cambio sfavorevole per i soci di una delle società, in quanto la perdita che egli subisce in qualità di azionista di questa è più che compensato dal guadagno conseguito in qualità di azionista dell'altra"; per la tesi della inapplicabilità dell'art. 2373 c.c. alla fusione v. peraltro MESSINEO, *Impugnativa di delibera di fusione e interesse di singoli soci*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 241 e ss.; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., pp. 277 e 311.

Se queste affermazioni sono esatte, allora, non si rivela convincente la tesi che vorrebbe integrato il conflitto di interessi allorché il votante sia sensibile o influenzabile dal gruppo di vertice, non rientrando questa interpretazione tra i significati attribuibili alla lettera degli articoli esaminati.

L'automatismo con il quale si è ritenuta realizzata, in questi casi, la fattispecie di interesse per conto di terzi non può essere accettato, e l'operazione ermeneutica che ne è alla base si risolve in una parziale riscrittura della formula impiegata dagli artt. 2373 e 2391 c.c.³⁵⁶, che somiglia, più che ad una interpretazione antiletterale, ad una (problematica) applicazione evolutivo-analogica delle norme richiamate.

L'affermazione appena riportata non suonerà strana se si condivide quanto evidenziato da un'autorevole dottrina, per la quale l'interpretazione evolutiva rappresenterebbe una forma del procedimento analogico, destinata ad operare quando un fatto, già regolato puntualmente dal legislatore, venga ad esprimere, sul piano socio-economico, una dialettica di interessi differente da quella che lo connotava al tempo dell'entrata in vigore delle disposizioni in gioco³⁵⁷.

³⁵⁶ Sotto questo profilo, il superamento del dato strettamente letterale delle disposizioni emerge chiaramente in SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, cit., pp. 243-244, del quale è opportuno riportare per esteso il pensiero: "ogni qual volta il vantaggio particolare è un vantaggio della società controllante e, per suo tramite, del gruppo, il conflitto d'interessi dell'amministratore si profila come riflesso del conflitto d'interessi del socio-società controllante. Voglio dire che – diversamente da quanto accade nel caso in cui l'amministratore sia portatore di un interesse proprio od altrui ad un vantaggio particolare non classificabile come vantaggio di gruppo – conflitto vi sarà per l'amministratore, e quindi si applicherà l'obbligo di astensione, alle medesime condizioni alle quali conflitto vi sarebbe per la controllante in assemblea. Sarei incline a ritenere che il principio operi in modo biunivoco: e cioè a) sia nel senso che, se c'è conflitto per la società controllante, c'è anche per l'amministratore, benché ne manchino i presupposti con riguardo alla sua persona; b) sia nel senso che, se non c'è conflitto per la società controllante, neppure c'è per l'amministratore, benché ne ricorrano i presupposti con riguardo alla sua persona". Cfr. anche PREITE, *Investitori istituzionali e riforma del diritto delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1993, pp. 558-559, in cui l'A. prospetta di considerare viziate da conflitto di interessi le deliberazioni approvate da amministratori eletti da soci che si trovino in una situazione di conflitto rispetto alle stesse.

³⁵⁷ Così, testualmente, BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium juris*, 2008, p. 421 e ss. e, soprattutto, p. 428.

A fini di maggiore comprensione, è indispensabile procedere preliminarmente ad una ricostruzione storica della normativa di cui si discute.

Non è peregrino sostenere che la scelta legislativa di fondare la fattispecie di conflitto di interessi sulla formula di “*interesse personale per conto proprio o di terzi*” sia stata adottata anche allo scopo di evitare una troppo invasiva applicazione degli artt. 2373 e 2391 c.c. nei gruppi di società.

In merito a queste due norme, la Relazione del Guardasigilli del 16 marzo 1942, nei punti nn. 971 e 980, non offre oggettivamente alcun elemento utile per delineare con precisione l’ampiezza della fattispecie³⁵⁸. Quanto ai gruppi societari, dai punti nn. 963-965 del medesimo testo traspare soprattutto la volontà di scongiurare i pericoli di erosione del capitale sociale, attraverso una disciplina molto rigida che vietava, da un lato, l’acquisto, da parte delle controllate, di azioni della controllante o di altre società sottoposte a comune controllo e, dall’altro lato, la costituzione e l’aumento di capitale mediante sottoscrizione reciproca di azioni³⁵⁹. Nessun cenno è, invece, dedicato nella Relazione al possibile conflitto di interessi degli amministratori delle controllate che subiscano il condizionamento della società madre.

Quest’ultimo dato, in particolare, sembra essere un quasi integrale recepimento delle tesi avanzate da Cesare Vivante, che, pochi anni prima della codificazione, aveva proposto di riformare la disciplina delle società anonime, manifestando forte preoccupazione nei confronti del fenomeno dei gruppi, ma auspicando al contempo per essi un temperamento della

³⁵⁸ MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Roma, 1943, p. 218, per il socio, e p. 220, per l’amministratore.

³⁵⁹ MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, cit., pp. 216-217.

regola di cui all'art. 150 del codice di commercio del 1882³⁶⁰. Più precisamente, l'illustre Autore aveva segnalato che l'applicazione della norma citata avrebbe ingiustificatamente impedito “*di far sentire*” nelle delibere delle società controllate “*l'influenza degli interessi per cui il gruppo si è costituito*”³⁶¹.

Orbene, queste parole testimoniano che la dottrina del tempo avvertiva con chiarezza l'opportunità di escludere dal perimetro applicativo del conflitto di interessi le situazioni di semplice “*influenzabilità*” e di “*sensibilità*” del votante ad istanze (solo apparentemente) eterogenee a quelle della società di appartenenza³⁶². Sembra, così, trovare spiegazione l'opzione lessicale fatta propria dagli artt. 2373 e 2391 c.c., che, diversamente, accolgono quella nozione economicistica di interesse personale cui più volte si è fatto riferimento per ricostruire la formula dell'interesse “*per conto proprio o di terzi*”³⁶³.

³⁶⁰ VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 326 e ss. Per fronteggiare i rischi di pregiudizio per il capitale sociale, il Vivante prospetta la soppressione delle società di partecipazione pura e la regolamentazione delle società miste (di esercizio e di comando), che avrebbero potuto svolgere contemporaneamente attività economica e attività di investimento in altre società, nei limiti però della metà del capitale della società madre. Per una denuncia del “*soverchio pessimismo*” di Vivante, v. SALANDRA V., *Il progetto Vivante per la riforma delle anonime e le società di partecipazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 749.

³⁶¹ VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, cit., p. 328, dove si aggiunge che “*in forza di questo voluto raggruppamento non si può presumere che il voto dell'amministratore comune sia pernicioso all'interesse delle società affiliate*”.

³⁶² Si noti che pure SALANDRA V., *Il progetto Vivante per la riforma delle anonime e le società di partecipazione*, cit., p. 751, sebbene non aderisse a buona parte delle proposte del Vivante, concordava con la scelta di escludere l'operatività dell'art. 150 del codice di commercio nei gruppi di società.

³⁶³ Va peraltro dato atto della diversa ricostruzione di PATRONI GRIFFI U., *Fiduciary duties e gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1994, I, pp. 887-888, per il quale le riflessioni di Vivante, volte a prefigurare una disciplina autonoma dei gruppi con un regime attenuato del conflitto di interessi, non sarebbero state accolte dal legislatore del 1942. L'A. prosegue evidenziando che “*le uniche norme che gli azionisti di minoranza hanno, per lungo tempo, potuto utilizzare quale mezzo per opporsi alla colonizzazione della società controllata da parte della controllante, sono state quelle poste dagli artt. 2391 e 2373 c.c.*”. Ci sembra tuttavia che le premesse di partenza impiegate da Patroni Griffi siano in grado di corroborare, anziché smentire, la tesi qui condivisa: l'assenza di norme specifiche sul conflitto nei gruppi di società è infatti (fino alla riforma del 2003) un dato indiscutibile; da ciò, peraltro, non consegue che tale fenomeno debba essere governato dagli artt. 2373 e 2391 c.c. – norme che per lo stesso A. mostrerebbero al riguardo la loro “*totale inadeguatezza*”; al contrario, si potrebbe concludere che il legislatore non abbia voluto ostacolare la formazione dei gruppi societari e li abbia pertanto posti al riparo, attraverso una specifica conformazione della fattispecie, da eccessive applicazioni della normativa del conflitto di interessi.

Da quanto esposto fin qui, pare lecito inferire che l'assenza di qualsivoglia disposizione in tema di conflitto di interessi nei gruppi non sia stata il frutto di una dimenticanza del legislatore, ma la manifestazione di una precisa scelta normativa - e cioè di una c.d. lacuna intenzionale³⁶⁴ -, volta a lasciar fuori dalla fattispecie considerata l'ipotesi del votante condizionato dalla politica di gruppo.

Occorre a questo punto chiedersi se nel corso del tempo – ma prima della estesa riforma del diritto societario - si siano verificati dei mutamenti nel contesto sociale-economico, tali da imporre una rimediazione delle conclusioni appena riportate. Bisogna, in altri termini, verificare se, nel periodo compreso tra il 1942 e il 2003, la situazione dell'amministratore condizionato dalle dinamiche di gruppo possa dirsi aver modificato il suo significato, fino al punto di esigere un trattamento normativo diverso da quello in origine previsto dal legislatore e analogo a quello predisposto, invece, per il caso dell'amministratore portatore di un "*interesse per conto proprio o di terzi*".

Si potrebbe in effetti sostenere che il fatto qui esaminato abbia nel tempo assunto una nuova configurazione³⁶⁵ e abbia, dunque, prospettato una dialettica di interessi completamente diversa rispetto al passato, nella

³⁶⁴ v. ancora BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, cit., p. 426 e ss., per il quale la risoluzione dell'alternativa tra il silenzio come tecnica di disciplina e il silenzio come lacuna effettiva del diritto impone una indagine del contesto in cui si inserisce il silenzio legislativo (e quindi della storia del problema) e un giudizio sulla razionalità e coerenza sistematica delle varie soluzioni possibili. Per tornare al nostro discorso, da quanto riferito *supra* emergono tre aspetti: in primo luogo, la questione del conflitto di interessi nei gruppi societari non era certamente ignota alla dottrina del tempo della codificazione; in secondo luogo, il fenomeno dei gruppi, proprio sulla scorta delle riflessioni della dottrina, era stato chiaramente disciplinato dal codice civile del 1942 solo in relazione ai limitati profili di cui agli artt. 2357 e 2360 c.c.; in terzo luogo, le norme sul conflitto di interessi erano state costruite mediante un lessico non particolarmente adatto a descrivere quello stato di soggezione in cui tipicamente viene a trovarsi il soggetto influenzato dal gruppo di comando.

³⁶⁵ Per BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, cit., p. 428, quando entra in azione l'interpretazione evolutiva, si ha di fronte un fatto che, pur essendo stato *ab origine* già disciplinato dalla legge, è divenuto "*in realtà un fatto non regolato, donde la ricerca della regola maggiormente appropriata, cioè della regola che meglio assicuri l'esigenza di coerenza e razionalità del sistema normativo*".

quale non si pone più solo la necessità di evitare “*eliminazioni dei capitali nominali*” delle varie società³⁶⁶, ma si fronteggiano, da un lato, le esigenze di libera esplicazione della politica decisa dalla società di vertice e, dall’altro, quelle di protezione dei creditori e dei soci esterni delle eterodirette, che non sono resi partecipi dei guadagni di gruppo³⁶⁷.

Ciò che non può in alcun modo condividersi è però l’assunto per il quale il nuovo specifico problema potrebbe essere appropriatamente risolto tramite l’applicazione delle norme di cui agli artt. 2373 e 2391 c.c. Questi ultimi, infatti, come si è rilevato in precedenza, puntano ad evitare che l’istituto societario sia strumentalizzato da certi soggetti per conseguire vantaggi personali non condivisi con gli altri, e preordinano a tal fine un rimedio essenzialmente eliminatorio, indispensabile per rimuovere in modo integrale il guadagno esclusivo che il votante potrebbe illegittimamente ricavare dall’operazione³⁶⁸. Nel gruppo societario, diversamente, un tale meccanismo si rivela altamente disfunzionale³⁶⁹, se si tiene presente che il bisogno di non intralciare le strategie della *holding* verrebbe eccessivamente compresso dalla sanzione dell’annullabilità delle delibere, mentre potrebbe essere bene armonizzato con le aspettative di tutela dei soci e dei creditori esterni attraverso la valorizzazione del rimedio risarcitorio³⁷⁰.

³⁶⁶ Secondo l’espressione utilizzata nella Relazione del Guardasigilli al n. 962, per la quale v. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, cit., p. 216.

³⁶⁷ È questo, in definitiva, il dramma dei gruppi di società, come attesta la cospicua casistica già vista nelle note 344-346.

³⁶⁸ v., sul punto, le considerazioni di cui a pp. 107-108.

³⁶⁹ Sottolinea questi e altri inconvenienti del rimedio reale PATRONI GRIFFI U., *Fiduciary duties e gruppi di società*, cit., p. 888 e ss.

³⁷⁰ v., per un esito simile, MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, cit., p. 154 e ss.

In questa direzione, del resto, si è pure orientato il sistema normativo italiano³⁷¹, che sembra aver trovato proprio nella responsabilità lo strumento più idoneo a soddisfare le istanze di protezione avanzate dai soggetti estranei al gruppo di comando³⁷². Non ci si riferisce soltanto alla tipizzata fattispecie di responsabilità di cui all'art. 3, ult. comma, del decreto legge n. 26 del 1979, conv. in legge n. 95 del 1979³⁷³, poi riproposta dall'art. 90 del decreto legislativo n. 270 del 1999, per il quale, nell'ambito della amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, gli amministratori delle società che hanno abusato della direzione unitaria rispondono in solido con gli amministratori della società insolvente per i danni causati a quest'ultima con le direttive impartite. Si allude anche a quel percorso interpretativo che ha portato ad estendere l'obbligo risarcitorio per i danni da "abuso del controllo" anche alla società capogruppo, addirittura al di fuori delle procedure concorsuali³⁷⁴.

Anche gli ordinamenti stranieri, del resto, attestano l'inadeguatezza della disciplina del conflitto di interessi rispetto al tema dell'amministratore che si uniforma alle direttive del gruppo. In proposito, sembrano

³⁷¹ Si ricordi che, secondo BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, cit., p. 428, il processo che conduce ad una interpretazione evolutiva potrebbe prendere le mosse anche da un complessivo assetto del sistema giuridico.

³⁷² Non si dimentichi che lo stesso VIVANTE, *Le società finanziarie (holdings) e la loro responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 596, aveva individuato a carico della controllante l'obbligo di risarcire alla controllata il danno causato per aver "premutato sulla volontà di quest'ultima in modo illegale, abusando del potere che la formazione del gruppo le ha attribuito".

³⁷³ Può aggiungersi anche la norma di cui all'art. 2, comma XI, della legge n. 430 del 1986, che contempla una analoga disposizione per gli amministratori della capogruppo, nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa della società fiduciarie.

³⁷⁴ I temi furono estremamente dibattuti dalla dottrina: v. JAEGER P.G., *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 407 e ss.; ID., "Direzione unitaria" di gruppo e responsabilità degli amministratori, in *Riv. soc.*, 1985, p. 817 e ss.; LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, p. 215; ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, p. 143 e ss.; PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da "controllo" nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 430 e ss.; GALGANO, *Responsabilità della società controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, in *Contr. e impresa*, 1988, p. 359 e ss.; SCOGNAMIGLIO G., *La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 365 e ss.

significative le riflessioni della dottrina spagnola, per la quale in tale ipotesi il dovere di comunicazione degli interessi personali, gravante sugli amministratori, perderebbe il suo fondamento³⁷⁵, per lasciare spazio al più appropriato rimedio risarcitorio³⁷⁶. Seppur con una argomentazione in parte diversa, allo stesso esito giunge anche la dottrina americana, per la quale la società “parent” sarebbe titolare di “fiduciary duties” nei confronti della società “subsidiary”, cioè di obblighi di conservazione dell’integrità patrimoniale delle società sottoposte al suo dominio³⁷⁷.

In conclusione, il tentativo di applicazione analogico-evolutiva al gruppo societario delle norme sul conflitto di interessi appare, anche da quest’ultimo angolo visuale, fallace, non tanto per via della natura eccezionale degli artt. 2373 e 2391 c.c.³⁷⁸, quanto piuttosto perché difetta quel presupposto ineliminabile della analogia che consiste nel requisito della somiglianza (c.d. *eadem ratio*)³⁷⁹.

³⁷⁵ Così, espressamente, in merito all’art. 127 *ter* della LSA, SANCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur Menor, 2005, p. 191, in cui si legge che “*el cumplimiento del deber de comunicacion decae en su fundamento [...] porque el articulo 127 ter expone supuestos concretos en los que se manifesta el peligro de la infraccion al deber de lealtad del administrador, y tal infraccion no puede presumirse en el supuesto de que los administradores ocupen puestos en varias sociedades del grupo, porque en el ejercicio de su cargo de administrador es relevante el interes del grupo, y la sociedad filial no puede alegar violacion del deber de lealtad – tanto en relation intragrupo como respecto a la sociedad de la que sea administrador – cuando opera siguiendo las directrices de la direccion unitaria*”.

³⁷⁶ v. ancora SANCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 330 e ss. e, soprattutto, pp. 337-338, nel quale peraltro si richiama la figura dell’amministratore di fatto.

³⁷⁷ v., ad esempio, BLUMBERG, *The law of corporate groups*, Boston-Toronto, 1987, p. 187 e ss., dove si esamina la casistica della responsabilità della società “parent”.

³⁷⁸ Almeno per quanto riguarda l’art. 2373 c.c., la natura eccezionale viene generalmente esclusa dalle poche voci che si sono occupate del problema: v. PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 445; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 175 e p. 262; in giurisprudenza, esplicitamente Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334. Più di recente, anche LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *Art. 2373*, in *L’assemblea di società per azioni*, cit., p. 276 e ss., ove si profilano numerose applicazioni analogiche dell’art. 2373 c.c. Per gli amministratori, v., per la natura non eccezionale dell’art. 2391 c.c., Trib. Roma 18 marzo 1982, in *Giur. comm.*, II, p. 592 e ss.; Trib. Milano 5 novembre 1987, in *Giur. comm.*, II, p. 775 e ss.; *contra* sembra orientato MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 194.

³⁷⁹ In proposito, sempre BELFIORE, *L’interpretazione della legge. L’analogia*, cit., p. 428, chiarisce che la valutazione in discorso deve essere condotta confrontando, da un lato, “*la fattispecie normativa come sintesi degli elementi tipicamente esponenziali di un certo conflitto di interessi*” e, dall’altro, la dialettica degli interessi espressa dal caso non regolamentato.

La inidoneità del complesso disciplinare citato a governare il fenomeno dei gruppi deve ritenersi confermata dopo la riforma del diritto societario intervenuta nel 2003³⁸⁰.

Invero, con la completa revisione del Capo IX del Titolo V, il codice ha conosciuto una prima organica – seppur ridotta – normativa dell’attività di direzione e coordinamento, dalla quale, sebbene vi siano alcune disposizioni incidenti sui meccanismi di assunzione delle delibere, risulta un sistema tendente ad individuare nella responsabilità il principale rimedio contro le distorsioni generate dal fenomeno del gruppo societario.

Più precisamente, secondo il disposto dell’art. 2497 c.c. – collocato non a caso in apertura del predetto Capo IX - la società o l’ente che esercita attività di direzione e coordinamento, ove agisca nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria, risponde nei confronti dei creditori per il danno all’integrità del patrimonio sociale e nei confronti dei soci delle società eterodirette per il danno cagionato alla redditività e al valore della partecipazione sociale; al contempo, però, la norma aggiunge che *“non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”*.

Tale ultimo riferimento ai risultati complessivi dell’attività di gruppo costituisce, com’è noto, la positivizzazione della teoria dei vantaggi compensativi.

La previsione di un siffatto meccanismo di esonero dalla responsabilità, peraltro, consente anche di delineare in positivo le

³⁸⁰ v. peraltro la notazione di SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 777, per la quale l’eliminazione del generale obbligo di astensione dell’amministratore interessato avrebbe fatto venir meno uno dei principali ostacoli all’applicazione dell’art. 2391 c.c. ai gruppi di società.

condizioni in presenza delle quali può reputarsi lecito lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento³⁸¹. In altri termini, la società al vertice del gruppo potrà continuare a svolgere legittimamente la complessa attività contemplata nell'art. 2497 c.c.³⁸², purché si mantenga rispettosa dei criteri di redditività e solvibilità che devono reggere ogni attività di impresa e purché assicurati che ogni società dell'aggregato continui ad operare come “centro di profitto”³⁸³.

In tale ottica, dunque, il criterio dei vantaggi compensativi rappresenta lo strumento necessario per tracciare il confine tra ciò che è consentito alla capogruppo e ciò che, al contrario, deve reputarsi causa di responsabilità civile³⁸⁴.

Precisato ciò, dall'analisi della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento non si riscontra poi alcuna disposizione in tema di conflitto di interessi nei gruppi societari.

³⁸¹ v., sul punto, TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. di “gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 122 e ss.

³⁸² In questi termini MAUGERI M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 66 e ss. Sul punto, si ricordi che già HOPT, *Self-dealing and the Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Director's Conflict of Interests*, in HOPT-TEUBNER, *Corporate Governance and Director's Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, cit., p. 311, aveva evidenziato che “the policy question to be decided more generally is rather under what protective conditions the parent may use separate corporate entities within the group in order to pursue an overall group business policy. This is no more a problem which regards merely or even only primarily a director's conflicts of interest, since it hardly matters whether the decision in favor of the parent or the group as such is taken by the board or by the shareholders meeting either one being under the influence of the ultimately controlling person”.

³⁸³ Così ricostruisce i principi di “corretta gestione imprenditoriale e societaria” TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. di “gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, cit., p. 67.

³⁸⁴ Così, testualmente, MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, 2, p. 111 e ss: si noti, a conferma di quanto rilevato a p. 140, che l'A. impiega, per spiegare l'esenzione da responsabilità, lo stesso percorso utilizzato in precedenza per escludere la sussistenza del conflitto di interessi nell'ambito dei gruppi societari. In via incidentale, va inoltre ricordato che all'indomani della riforma del 2003 la dottrina e la giurisprudenza si sono divise sul significato da attribuire ai vantaggi compensativi, opponendosi sul punto una tesi propensa a dar rilievo ai soli vantaggi attuali e specificamente individuati ad una tesi che, invece, si accontenta di vantaggi fondatamente prevedibili – secondo la dicitura della fattispecie penale di infedeltà patrimoniale. V., in proposito, ancora MONTALENTI, op. loc. ult. cit.; MAUGERI M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., p. 75 e ss.

Alla luce del travagliato cammino riepilogato in precedenza, tale scelta normativa non può ritenersi casuale, ma esprime, in modo ancora più chiaro rispetto al passato, l'intenzione del legislatore di affrontare le questioni relative alla scarsa autonomia degli esponenti delle società eterodirette con istituti diversi dal rimedio reale sul quale si imperniano le previsioni degli artt. 2373 e 2391 c.c.

Se queste considerazioni sono esatte, allora, quella peculiare interpretazione della locuzione di *"interesse per conto di terzi"* invalsa prima della riforma del diritto societario – già all'epoca discutibile per le motivazioni illustrate – non ha più alcuna ragion d'essere, in quanto, nelle ipotesi di pregiudizio causato alle singole componenti del gruppo dalla politica di vertice, esistono oggi degli strumenti più appropriati in grado di fornire tutela ai creditori e agli azionisti esterni.

In questo ordine di idee, al fine di escludere l'applicabilità degli artt. 2373 e 2391 c.c., non occorre procedere ad elaborate ricostruzioni del requisito del danno³⁸⁵ o dell'interesse personale³⁸⁶; né, d'altro canto, sembrano da condividersi quelle prospettive per le quali le suddette norme

³⁸⁵ Così, invece, TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 115, per il quale nei gruppi *"le proposizioni normative di cui, rispettivamente, all'art. 2391, terzo, quarto e quinto comma, c.c., dovrebbero essere interpretate, per quanto attiene all'elemento del danno, non isolatamente, ma alla luce dei nuovi principi immessi nel sistema in materia di gruppi ed in specie alla luce del criterio dei c.d. vantaggi compensativi enunciato nell'art. 2497, primo comma, ultima parte, c.c."*; v. anche VENTORUZZO, *Art. 2391*, in *Amministratori (art. 2380-2396)*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, p. 472. V., però, le osservazioni di ENRIQUES-POMELLI, *Interessi degli amministratori*, a cura di Maffei Alberti, in *Il nuovo diritto delle società*, Padova, p. 763, per i quali *"c'è da chiedersi come, anche ammesso che un interesse di gruppo esista, esso possa coincidere ex ante, in quanto tale, con quello della singola società in una data operazione. È chiaro che una coincidenza non può sussistere a priori, ma a seconda del contenuto dell'operazione, del suo merito e del contesto in cui si svolge. In sede di valutazione della sussistenza della fattispecie individuata nell'art. 2391, comma I, però non è consentito tenere conto del contesto e dei vantaggi compensativi prospettici e passati"*.

³⁸⁶ Anche attraverso il riferimento alla specifica operazione o delibera, o attraverso una ricostruzione rigorosa del legame tra l'amministratore e il vertice di gruppo. Sul punto, v. gli autori indicati *supra* nelle n. 170-174, ai quali *adde*, da ultimo, NIEDDU ARRICA, *I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva della tutela dei creditori*, Torino, 2017, p. 133 e ss.

non si applicherebbero in quanto superate, almeno sotto il profilo degli obblighi informativi, dal disposto dell'art. 2497-ter c.c.³⁸⁷

Sviluppando quanto esposto sopra, occorre più semplicemente rilevare che la fattispecie in discorso non risulta integrata in quanto difetta l'estremo dell'interesse personale per conto proprio o di terzi, non potendo questo ritenersi sussistente per il solo fatto che l'amministratore di una singola società risulti influenzato dal gruppo di comando.

La netta distinzione tra la posizione di chi è portatore di interesse personale per conto proprio o di terzi e la posizione di chi è sensibile all'orientamento del vertice di gruppo sembra oggi scolpita anche da un preciso riferimento normativo: si allude, in particolare, all'art. 150 del decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio del 1998 (c.d. T.U.F.), che pone a carico degli amministratori delle società quotate l'obbligo di riferire *“sulle operazioni nelle quali essi abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento”*³⁸⁸. Orbene, il riferimento disgiuntivo alle operazioni rispetto alle quali sussista un interesse personale e alle

³⁸⁷ Si tratta del pensiero di GUIZZI, *Commento all'art. 2391*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, II, p. 665 e ss., ove l'A. evidenzia la maggior funzionalità di questa norma rispetto a quella dell'art. 2391 c.c. che, diversamente, imponendo all'amministratore di comunicare ogni personale interesse, costringerebbe quest'ultimo ad assolvere il predetto obbligo informativo anche quando ciò appare manifestamente inutile, come nel caso in cui l'amministratore sia portatore di interesse per conto di terzi per essere egli influenzato dalla *holding*. L'osservazione di Guizzi, pur essendo suggestiva, parte tuttavia da una premessa indimostrata, per la quale l'amministratore condizionato dalle logiche del gruppo di vertice sarebbe in via automatica portatore di interesse per conto di terzi. Una posizione simile si ritrova in GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 136, ove tuttavia residua un ruolo per gli artt. 2373 e 2391 c.c. per il caso in cui la decisione della eterodiretta risponda non agli interessi del gruppo complessivamente inteso ma solo agli interessi della controllata o di altra società del gruppo. Sul problema, v. anche PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, p. 907 e ss.

³⁸⁸ Sul coordinamento, per le società quotate, tra l'art. 150 del T.U.F. e l'art. 2391 c.c., v. ZAMPERETTI, *Il “nuovo” conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società*, 2005, 9, p. 1091 e ss.

operazioni influenzate dalla capogruppo apparirebbe pleonastico qualora le due situazioni dovessero essere ricostruite in termini coincidenti.

L'esigenza poi di assicurare una adeguata attività istruttoria quando vengano assunte delibere condizionate dall'attività di direzione e coordinamento risulta sufficientemente tutelata dalla introduzione dell'obbligo di motivazione di cui al più volte citato art. 2497-ter c.c.

In conclusione, può pertanto ritenersi che il fenomeno dei gruppi societari si presenta strutturalmente indifferente rispetto al tema del conflitto di interessi, nel senso che per la singola società l'appartenenza ad un gruppo non rappresenta un fattore di rischio aggiuntivo per l'applicazione degli artt. 2373 e 2391 c.c., potendo questi trovare spazio solo allorché sussistano i tratti della fattispecie ivi delineata.

Diversamente da quanto si è visto per le relazioni di parentela, la ricorrenza di un gruppo di società non può inoltre determinare alcuna presunzione di esistenza di interessi personali per conto di terzi e, più in dettaglio, di interessi per conto dei soggetti che si pongono all'apice del gruppo societario. Non ha, infatti, alcun sostegno empirico l'affermazione per cui l'amministratore espressosi a favore di una decisione conveniente per la *holding* ricaverebbe in via automatica un personale vantaggio mediato dall'operazione deliberata.

Proprio sotto il profilo appena considerato, non è dunque possibile condividere le soluzioni adottate in materia dalla recente giurisprudenza, che, pur avendo preso atto dell'introduzione della normativa degli artt. 2497 e ss. c.c., non sembra avere acquisito piena consapevolezza delle implicazioni che seguono al riconoscimento della legittimità dell'attività di direzione e coordinamento.

Sintomatiche del confuso quadro attuale appaiono soprattutto due pronunce della Corte di Cassazione, che, pur essendo molto vicine nel

tempo e affrontando una questione pressoché identica, giungono ad esiti opposti fra di loro. In entrambi i casi, la controversia prende le mosse da un'azione promossa dalla curatela fallimentare di una società e volta ad ottenere l'annullamento di fideiussioni dalla stessa prestate in favore di un istituto bancario, creditore di altre società o di altri soggetti orbitanti attorno al medesimo gruppo della fideiubente.

Nella prima di queste sentenze, emessa dalla Cassazione nel 2013³⁸⁹, il Supremo Collegio ha ritenuto non meritevole di censura la decisione con cui la Corte d'Appello aveva precedentemente statuito l'annullamento delle predette garanzie personali ed ha in proposito utilizzato tre argomenti. In primo luogo, si è evidenziato che le fideiussioni erano dirette ad avvantaggiare un soggetto terzo diverso dalla garante e, precisamente, il socio controllante della società fideiubente. In secondo luogo, la Cassazione ha sottolineato come l'interesse del socio di controllo fosse *“sentito come proprio dall'amministratore della società fallita”*. In ultima istanza, il Supremo Collegio ha escluso che il rilascio di fideiussioni potesse soddisfare indirettamente l'interesse della garante, come riflesso del beneficio conseguito in via immediata dal debitore principale, specificando anzi che *“sarebbe stato onere della ricorrente dare la prova del diverso interesse, facente capo al gruppo”* e condiviso dalla società impegnatasi con le fideiussioni.

Il percorso motivazionale seguito dalla Corte desta diverse perplessità, innanzitutto in quanto ripropone quella ricostruzione per la quale la fattispecie di interesse per conto di terzi comprenderebbe anche la

³⁸⁹ Cass. 10 ottobre 2013 n. 23089, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it.

situazione dell'amministratore "sensibile"³⁹⁰ all'interesse della maggioranza.

Sembra poi poco razionale addossare all'istituto di credito – e cioè ad un soggetto di regola non al corrente delle strategie gestorie del fideiussore - l'onere di provare che il rilascio della fideiussione da parte della società, in via immediata vantaggioso per i soli debitori principali, potesse rispondere mediatamente anche all'interesse della stessa garante.

In altri termini, il Supremo Collegio sembra fondare la sua decisione su una doppia presunzione: da un lato, il compimento di una operazione infragruppo risponderebbe in via presuntiva ad un interesse extrasociale, facente capo solitamente alla capogruppo o al socio di comando; da un altro lato, siffatto interesse, sebbene terzo, sarebbe idoneo ad incrinare la validità della decisione gestoria poiché di esso dovrebbe presuntivamente ritenersi portatore per conto altrui anche l'amministratore.

La opinabilità del ragionamento proposto dalla Cassazione appare ancor più evidente se si analizza la seconda decisione, cui si è prima fatto cenno, pronunciata appena un anno dopo della precedente³⁹¹. Di fronte ad una fattispecie per molti aspetti simile³⁹², il Collegio ha negato la sussistenza del conflitto di interessi, affermando che le prestazioni di garanzie in favore di società controllate costituirebbero "operazioni

³⁹⁰ L'adesione alla teoria della "sensibilità" è palese nel richiamo all'interesse "sentito come proprio dall'amministratore".

³⁹¹ Cass. 30 dicembre 2014, n. 27547, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it.

³⁹² Nel caso in esame gli amministratori della garante coincidevano con quelli della società debitrice. La pronuncia, nel negare la sussistenza nella specie del conflitto di interessi, conferma quell'insegnamento tradizionale per il quale la mera identità soggettiva degli amministratori delle società coinvolte nell'operazione non comporterebbe di per sé l'annullabilità della delibera gestoria: v., per una conferma di ciò dopo la riforma del 2003, Trib. Verona 13 luglio 2007, in *Società*, 2008, p. 1385, con nota di CIVERRA, per la quale il conflitto di interessi si configura solo qualora la decisione sia idonea a pregiudicare la società; anche Cass. 30 dicembre 2014, n. 27547, cit.; Cass. 1 dicembre 2016, n. 24547, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it; Cass. 7 dicembre 2017, n. 29475, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it. In argomento v. anche SANTAGATA, *Interlocking directorates ed "interessi degli amministratori" di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 314 e ss., dove emergono in tutta la loro intensità le difficoltà che si incontrano allorché si tenti di neutralizzare l'art. 2391 c.c. nei gruppi di società.

consuete in tal genere di rapporti, che inducono a presumere una convergenza di interessi fra garante e garantita, quali atti strumentali alla conservazione del valore della partecipazione azionaria di cui la garante è titolare, volti a salvaguardare l'interesse della stessa garante e del gruppo societario nel suo insieme". Come si evince dal testo appena illustrato, il distacco dalla decisione del 2013 non potrebbe essere più netto, prospettandosi in questa sede una presunzione di segno diametralmente opposto.

Ad ogni modo, a prescindere dalle rilevate oscillazioni in tema di onere probatorio, a stupire è soprattutto il fatto che la Corte non si chieda mai se nel caso sottoposto al suo vaglio ricorra o meno un interesse personale dell'amministratore.

Ci sembra che un corretto inquadramento del problema suggerisca di accantonare le riflessioni sulla idoneità della operazione a perseguire o meno un interesse indiretto della società deliberante. A seguire fino in fondo questa strada, del resto, sarebbe pressoché sempre possibile affermare che la decisione risponde, sia pur latamente, ad un interesse della singola società, come insegna la storia della giurisprudenza in tema di garanzie infragruppo³⁹³.

Diversamente, il giudizio circa l'applicabilità dell'art. 2391 c.c. dovrebbe essere emesso solo dopo aver esaminato la specifica situazione in cui versa l'amministratore e solo dopo aver verificato se quest'ultimo possa ricavare dalla decisione in contestazione una personale utilità che, secondo la ricostruzione più volte ricordata in questo studio, discenda mediatamente

³⁹³ E si ricordi, al riguardo, quanto esposto nella nota 346. Si consideri poi che, nelle pronunce più recenti, il conflitto di interessi dell'amministratore viene sistematicamente escluso proprio con l'argomentazione per cui la garanzia realizzerebbe indirettamente l'interesse della fideiubente: così, Cass. 1 dicembre 2016, n. 24547, cit.; Cass. 7 dicembre 2017, n. 29475, cit.

da un'operazione in via immediata vantaggiosa per un soggetto formalmente terzo.

Muovendosi in questa direzione, l'interprete non dovrà allora affidarsi a presunzioni di conflitto di interessi di discutibile fondamento, ma potrà trovare elementi utili per la decisione in eventuali incentivi, che possano caso per caso spiegare la convenienza, in termini economici, di un voto dell'amministratore favorevole ad un soggetto riconducibile al gruppo di comando, ma diverso dalla società da lui amministrata.

Se si ritorna alla casistica sopra esaminata, si può immaginare che l'amministratore della società garante sia creditore della società beneficiaria della fideiussione, avendo ad esempio maturato nei confronti di quest'ultima il diritto al pagamento di compensi non ancora corrisposti: in tal caso, all'evidenza, il vantaggio conseguito dalla debitrice principale finirebbe per riverberarsi in via mediata a favore dello stesso amministratore che, grazie alla fideiussione, potrebbe sperare nel soddisfacimento del suo credito personale³⁹⁴.

Rimane, infine, da stabilire se il mero potere di revoca e di rielezione, spettante al gruppo di vertice nei confronti dell'amministratore, sia da solo sufficiente a radicare un interesse personale di questo per conto di terzi.

Più precisamente, occorre chiedersi se il timore di incorrere nella revoca dalla carica e la speranza di essere riconfermato in essa rappresentino di per sé degli incentivi tali da indurre l'amministratore a favorire sistematicamente il gruppo di comando che lo ha nominato.

In proposito, la risposta negativa appare sicuramente sostenibile per la revoca, poiché la tesi per la quale l'amministratore troverebbe sempre conveniente votare in favore del socio di controllo, per evitare la

³⁹⁴ Vale la pena chiedersi se anche a queste condizioni la Cassazione applicherebbe il criterio della strumentalità o meno della delibera a soddisfare un interesse indiretto della garante.

rimozione, si scontra irrimediabilmente con il disposto dell'art. 2383, III comma, c.c. che riconosce all'amministratore revocato senza giusta causa il diritto al risarcimento del danno³⁹⁵.

Pur se con maggiori difficoltà argomentative, anche in relazione alla speranza di rielezione la soluzione negativa si lascia preferire. In primo luogo, infatti, se si dovesse aderire alla concezione opposta, *ogni* operazione demandata all'amministratore dovrebbe ritenersi viziata da conflitto di interessi, con il che si giungerebbe ad esiti corrispondenti a quelli dai quali si è inteso prendere le distanze. In secondo luogo, la visione qui criticata sembra proporre una ricostruzione eccessivamente indefinita e allargata di vantaggio personale, non in linea con quell'idea per cui la disciplina del conflitto di interessi dovrebbe applicarsi solo allorché all'amministratore si offra l'occasione di un beneficio circoscritto nei suoi estremi e suscettibile di divenire oggetto di autonomo rapporto negoziale tra il medesimo amministratore e il terzo per conto del quale egli è portatore di interesse³⁹⁶.

³⁹⁵ In questi termini, SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, cit., p. 169. La tutela risarcitoria dovrebbe avere l'effetto di rendere economicamente indifferente per l'amministratore la scelta tra il compiere un atto favorevole per il socio di comando ma contrario all'interesse sociale e l'andare incontro alla revoca per il rifiuto di compiere quell'atto. Per l'idea per cui, invece, gli amministratori nominati dai soci in conflitto avrebbero in ogni caso un interesse a votare contro l'interesse sociale per non essere revocati dai predetti soci, v. però PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., p. 125, n. 50.

³⁹⁶ Si ricordi, sul punto, quanto esposto a p. 102. In siffatti casi, pertanto, all'applicazione dell'art. 2391 c.c. dovrebbe addivenirsi solo nella remota ipotesi in cui il socio di controllo proponesse specificamente all'amministratore di "barattare" il compimento di un certo atto con una sicura rielezione nella carica. Del resto, si consideri che, in base al disposto della citata norma, il vantaggio necessario perché si abbia interesse personale deve discendere dalla operazione oggetto di delibera; al contrario, la speranza di rielezione difficilmente potrà reputarsi perseguita con il compimento di un *singolo atto*, rappresentando essa piuttosto la ragione giustificativa di una *complessiva gestione* compiacente agli interessi del socio di comando, per la quale tuttavia il rimedio più adeguato sembra essere costituito dalla responsabilità dell'amministratore.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Le operazioni con parti correlate. Atti del Convegno Università Cattolica del Sacro Cuore*, a cura di Cariello (Piacenza, 19 novembre 2010), Milano, 2011;

ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, pp. 103 e 168;

ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato o di enti pubblici*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, p. 369 e ss.;

ABBADESSA, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 816;

ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, p. 143 e ss.;

ABBADESSA, *L'assemblea: la competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3*, Torino, 1994, p. 3 e ss.;

ALIBRANDI, *I reati bancari*, Milano, 1976, p. 73;

ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 197 e ss.;

AMBROSINI, *La deliberazione del concordato*, in www.ilcaso.it;

ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.* in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 138;

ANGELICI, *La partecipazione azionaria nella s.p.a.*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vo. XVI, tomo II, Torino, 1985, p. 333;

ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1004;

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. 50 e ss.;

ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012;

ANGELICI, *Interesse sociale e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 576 e ss.;

ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 1161;

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, p. 93;

ASCARELLI, *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 739;

ASQUINI, *Conflitto di interessi tra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee delle società per azioni*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1936, p. 163 e ss.;

AULETTA G.G., *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, p. 1 e ss.;

AULETTA G.G., *La legittimazione dei coniugi agli atti della impresa coniugale*, in *Studi in memoria di Mario Condorelli, II*, Milano, 1988, pp. 112-113;

AULETTA T., *La comunione legale*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, 4, Torino, 1999, p. 82 e ss.;

BATTAGLINI, *Sanzioni amministrative, disciplinari e penali nella nuova legge bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1938, I, p. 17 e ss.;

BAVETTA, *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 321 e ss.;

BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium juris*, 2008, p. 421 e ss.;

BIANCA C.M., *Il contratto. Diritto Civile*, III, Milano, 2000, pp. 96-97;

BIGIAMI, *Elezione di nuovi amministratori con il voto degli amministratori revocati in seguito ad azione sociale di responsabilità (Conflitto d'interessi? Eccesso di potere?)*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, p. 492;

BIN M., *Gruppi di società e diritto commerciale*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 507 e ss.;

BIRDS-BOARDMAN-HILDYARD-MILES, *Annotated Companies Legislation*, 2010, Oxford, p. 218;

BLUMBERG, *The law of corporate groups*, Boston-Toronto, 1987, p. 187 e ss.;

BOCCHINI, *Mandato in rem propriam e contratto atipico*, in *Giur. comm.*, 1992, II, 6, p. 975;

BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985;

BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4*, Torino, 1991, p. 323 e pp. 372-375;

BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 219 e ss.;

BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 34;

BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, pp. 2 e ss.;

BONELLI-DE ANDRÈ, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, pp. 795-797;

BORGIOLI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 1056 e ss.;

CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4*, Torino, 1991, p. 248 e ss.;

CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2012, p. 339 e ss.;

CAMPOBASSO M., *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, p. 172 e ss.;

CANONICO, *Aspetti patrimoniali delle unioni civili e delle convivenze di fatto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, II, 4, p. 1108 e ss.;

CARATOZZOLO, *Commento sub art. 2373*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, p. 348;

CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176 e ss.;

CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1983, p. 105;

CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4*, Torino, 1991, p. 3 e ss.;

CASSESE, *Conflitto di interessi: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 239;

CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991, p. 120 e ss.;

CERA, *“Indipendenti”, interlocking directorates ed interessi fra modelli societari e realtà*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da Benazzo-Cera-Patriarca, Torino, 2011, p. 614;

CETRA, *La persona giuridica amministratore*, Torino, 2013;

CIAN M., *La deliberazione negativa dell’assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003, p. 138;

CIOFFI, *L’interesse pubblico nell’azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, p. 797 e ss.;

M.T. CIRENEI, *Art. 2373, Conflitto di interessi*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. d’Alessandro, vol. II, tomo I, Padova, 2010, p. 778 e ss.;

CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, Torino, 2015, p. 43;

COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006, p. 282 e ss.;

COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1073 e ss.;

COTTINO-IRRERA, *L’assicurazione contro i danni*, in CAGNASSO-COTTINO-IRRERA, *L’assicurazione: l’impresa e il contratto*, X, Padova, 2001, p. 100;

D’ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai “battelli del Reno” alle navi vichinghe*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 48 e ss.;

D’ALESSANDRO, *Amministratore unico di s.p.a. appartenente ad un gruppo e conflitto di interessi per conto altrui*, in *Riv. dir. impr.*, 1990 p. 41 e ss.;

D’ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1085 e ss.;

D’ALESSANDRO, *Il conflitto d’interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 3;

D’ATTORRE, *Il conflitto d’interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, 3, p. 392 e ss.;

D’ATTORRE, *Il voto nei concordati ed il conflitto d’interessi fra creditori*, in *Fallimento*, 2012, p. 766 e ss

DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1938, pp. 362-363;

DELMONTE, *Quote di partecipazione in società di persone e comunione legale dei coniugi*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 799 e ss.;

DENOZZA, *L’interesse sociale tra “coordinamento” e “cooperazione”*, 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. 30;

DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: “contratto, impresa e società, nel pensiero di Carlo Angelici”*, in *Giur. comm.*, 2013, III, p. 480 e ss.;

DE PRA, *Deliberazione negativa votata in conflitto d’interessi e divieto di voto del socio-amministratore*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 922 e ss.;

DI MARTINO, *Gli acquisti in regime di comunione legale fra i coniugi*, Milano, 1987, p. 133 e ss.;

DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, p. 213;

ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p. 159 e ss.;

ENRIQUES-POMELLI, *Art. 2391*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 759 e ss.;

FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 212 e ss.;

FARENGA, *Manuale delle assicurazioni private*, Torino, 2016, p. 172 e ss.;

FERRANDO VILLALBA, *La situación de conflicto de intereses del administrador en la sociedad anónima. Apuntes sobre la regulación en los derechos español e italiano*, in AA. VV., *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, a cura di Paciello, Napoli, 2011, p. 345 e ss.;

FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992, p. 506;

FERRI G., *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale e conflitto di interessi*, *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, p. 27;

FERRI G., *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui e atti estranei all'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220 e ss.;

FERRI G., *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Atti del convegno svoltosi a Bellagio, 19-20 giugno 1981*, Milano, 1982, p. 72;

FERRI G., *Le società*, in *Trattato* diretto da F. Vassalli, Torino, 1985, p. 966 e ss.;

FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori: profili di sistema*, in *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza*, a cura di Granelli-Stella, Milano, 2007, p. 179 e ss.;

FERRO-LUZZI, *Indipendenti...da chi; da cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 204 e ss.;

FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, p. 314;

GABRIELLI G., *Comunione legale e investimento in titoli*, Milano, 1979, p. 22 e ss.;

GALGANO, *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 342 e ss.;

GALGANO, *Responsabilità della società controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, in *Contr. e impresa*, 1988, p. 359 e ss.;

GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 401 e ss.;

GALGANO, *Il punto della giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 897 e ss.;

GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 136;

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2015, p. 495;

GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 116 e ss.;

GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 179 e ss.;

GAMBINO, *Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 391 e ss.;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, III, vol. I, Milano, 1993, p. 286 e ss.;

GRASSETTI, *Fusione per incorporazione e conflitto di interessi*, in *Giur. comm.*, I, 1979, p. 795 e ss.;

GRAZIANI, *Diritto delle società*, V, Napoli, 1963;

GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979, p. 125 e ss.;

GRIPPO, *L'assemblea*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, vol XVII, Milano, p. 389;

GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 181 e ss.;

GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 1 e ss.;

GUERRERA, *Il verbale di assemblea*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, p. 126;

GUIZZI, *Commento all’art. 2391*, in *Commentario Niccolini-Stagno d’Alcontres*, Napoli, 2004, II, p. 652 e ss.;

GUIZZI, *Interessi degli amministratori e operazioni con parti correlate*, in AA. VV., *La governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma*, coordinato da Marchetti-Santosuosso, Milano, 2013, p. 174 e ss.;

GUIZZI, *Gestione dell’impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità delle s.p.a.*, Milano, 2014, p. 61 e ss.;

HOPT, *Self-dealing and the Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Director’s Conflict of Interests*, in HOPT-TEUBNER, *Corporate Governance and Director’s Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin-New York, 1985, p. 311 e ss.;

HOPT, *Conflict of interest, Secrecy and Insider Information of Directors - A Comparative Analysis*, 2013, in http://ssrn.com/abstract_id=2178152;

IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 62 e ss.;

JAEGER P.G., *L’interesse sociale*, Milano, 1964, p. 1 e ss.;

JAEGER P.G., *Determinazione del compenso dell’amministratore e conflitto d’interessi*, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 396 e ss.;

JAEGER P.G., *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 407 e ss.;

JAEGER P.G., *"Direzione unitaria" di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 817 e ss.;

JAEGER P.G., *Ancora sulla determinazione del compenso degli amministratori in conflitto di interessi, commisurazione al "fatturato", principio di "ragionevolezza"*, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 797 e ss.;

JAEGER P.G., *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1432;

JAEGER P.G., *Ammissibilità e limiti dell'accordo di "cessione" del voto in cambio di "corrispettivo" (con considerazioni in merito alla c.d. "vendita del voto")*, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 240 e ss.;

JAEGER P.G., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 795;

LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995, pp. 62-63;

LA VILLA, *Atti estranei all'oggetto sociale e collegamento fra società*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 771 e ss.;

LA VILLA, *Art. 38 della legge bancaria e obbligazioni contratte indirettamente*, in *Giur. comm.*, II, p. 1979, p. 641 e ss.;

LIACE, *Le operazioni con parti correlate*, Milano, 2016;

LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *RDS*, 2008, p. 198 e ss.;

LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *La responsabilità sociale dell'impresa – In ricordo di*

Giuseppe Auletta, a cura di V. Di Cataldo e P.M. Sanfilippo, Torino, 2013, p. 26 e ss.;

LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello “istituzionalismo debole”*, in *Giur. comm.*, 2014, IV, p. 669 e ss.;

LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *Art. 2373*, in *L'assemblea di società per azioni*, Milano, 2016, p. 279 e ss.;

LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, p. 215;

LIBONATI, *Riflessioni su “L'interesse sociale” di Pier Giusto Jaeger*, 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. 78 e ss.;

LOLLI, *Poteri di rappresentanza degli amministratori e opponibilità ai terzi degli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Le società*, 2008, p. 89 e ss

LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, II, 4, p. 1083 e ss.;

LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, Milano, 1984, p. 5 e ss.;

LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2007, p. 4 e ss.;

MACRÌ C., *Note minime su interessi degli amministratori e rapporti con parti correlate*, in www.dircomm.it/2012/n.1/02.html;

MAFFEIS, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata. (Alcune) prime osservazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 524;

MAFFEIS, *Il particolare rigore della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 1063;

MARCHETTI C., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1229;

MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coord. da Leone Bolaffio e Cesare Vivante, Torino, 1929, p. 381 e ss.;

MARTINES, *L'abuso della minoranza nelle società di capitali*, in *Contr. e impresa*, 1997, p. 1209;

MAUGERI M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 66 e ss.;

MAZZONI, *Gli azionisti di minoranza nella riforma delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 501;

MELI, *Art. 2373 c.c. Conflitto di interessi*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale*, Tomo I, Milano, 2016, p. 1001;

MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1956, p. 434;

MESSINEO, *Impugnativa di delibera di fusione e interesse di singoli soci*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 241 e ss.;

MICHELIELI, *La gestione del conflitto di interessi nelle operazioni con parti correlate*, Milano, 2016;

MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, pp. 740-741;

MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 729 e ss.;

MINERVINI, *Il conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante nella recente codificazione*, in *Arch. giur.*, 1946, p. 146;

MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 402;

MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 322 e ss.;

MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1957, p. 3 e ss.;

MINERVINI, *La capogruppo e il "governo" del gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1568;

MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, p. 588 e ss.;

MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993, p. 123 e ss.;

MONTAGNANI, *Commento sub art. 2373*, in *Società di capitali, Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, I, p. 511;

MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 e ss.;

MONTALENTI, *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza*, a cura di Granelli-Stella, Milano, 2007, p. 197;

MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 320 e ss.;

MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 194;

MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, 2, p. 111 e ss.;

MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Rivista delle società*, 2018, II, p. 303 e ss.;

MORILLAS JARILLO, *El problema de la determinación del interés social en las sociedades anónimas, a luz del derecho español*, in AA. VV., *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, a cura di Paciello, Napoli, 2011, p. 91 e ss.;

MOZZARELLI, *Art. 2391 c.c. Interessi degli amministratori*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale*, Tomo I, Milano, 2016, p. 1245;

NAVARRINI, *Delle Società e delle Associazioni commerciali*, in *Commentario al codice di commercio*, Milano, 1924, p. 541;

NAZZICONE, *Note minime sul conflitto di interessi per conto di terzi*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 896 e ss.;

NAZZICONE, *Art. 2391*, in NAZZICONE-PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli nella società per azioni*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2010, pp. 228-229;

NIEDDU ARRICA, *I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva della tutela dei creditori*, Torino, 2017, p. 133 e ss.;

NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 993;

NUZZO M., *Il mandato conferito nell'interesse altrui*, Milano, 2003, p. 1 e ss.;

OBERTO, *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, 6, Milano, 2006, p. 349 e ss.;

OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, pp. 56-57;

OPPO, *In tema di «invalidità» delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 924;

PARADISO, *Commi 36-37*, p. 488 e ss., in BIANCA C.M., *Le unioni civili e le convivenze: commento alla legge 76/2016 e ai d.lgs n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, Torino, 2017;

PASTERIS, *Il “controllo” nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957, p. 28;

PATRONI GRIFFI U., *Fiduciary duties e gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1994, I, pp. 887-888;

PAVONE LA ROSA, *Comunione legale e partecipazione sociale*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 38 e ss.;

PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da “controllo” nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 430 e ss.;

PAVONE LA ROSA, *“Controllo e gruppo” nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Dir. fall.*, 1985, p. 19;

PENNISI, *Attività di direzione e potere della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, p. 39 e ss.;

PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, p. 907 e ss.;

PIETRANCOSTA-DUBOIS-GARÇON, *Corporate Boards in France*, in DAVIES-HOPT-NOWAK-VAN SOLINGE, *Corporate boards in law and practice. A comparative analysis in Europe*, Oxford, 2013, p. 214;

PIZZORUSSO A., *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, p. 36 e ss.;

PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in *Riv. Società*, 1988, p. 434 e ss.;

PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 1 e ss.;

PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3**, Torino, 1993, p. 138 e ss.;

PREITE, *Investitori istituzionali e riforma del diritto delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1993, pp. 558-559;

PUGLIATTI, *Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante*, Messina, 1928;

PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 35 e ss.;

PUGLIESE, *Conflitto di qualità e di interessi e contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 169;

RATHENAU, *La realtà delle società per azioni (trad. it.)*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 918 e ss.;

REGOLI, *Gli amministratori indipendenti e i codici di autodisciplina*, in AA. VV., *La governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma*, coordinato da Marchetti-Santosuoso, cit., p. 127 e ss.;

RIMINI C., *Cadono in comunione i diritti di credito acquistati durante il matrimonio?*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 5, p. 8 e ss.;

RINALDO, *Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle nuove famiglie*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, II, 3, p. 976 e ss.;

ROCCO ART., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano, 1913, pp. 244 e 265;

ROSSI G., *Sul significato dell'avverbio "indirettamente" nell'art 38 della legge bancaria*, in *Riv. Soc.*, 1979, p. 161 e ss.;

ROVELLI, *Conflitto d'interessi nelle delibere assembleari*, in *Le società*, 11, 1992, p. 1212;

RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma, 1975, p. 512 e ss.;

SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, p. 32 e ss.;

SALAFIA, *Il conflitto di interessi nelle società di capitali*, in *Le società*, 1996, 4, p. 393;

SALANDRA V., *Il progetto Vivante per la riforma delle anonime e le società di partecipazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 749;

SALANITRO N., *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milano, 1965, p. 177 e ss.;

SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 48;

SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, pp. 759-760;

SANCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur Menor, 2005, p. 191;

SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000, p. 105 e ss.;

SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, p. 481 e ss.;

SANTAGATA, *Interlocking directorates ed "interessi degli amministratori" di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 314 e ss.;

SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 2, p. 283 e ss.;

SCALFI, *Clausole particolari per la nomina di amministratori di società per azioni (art. 2368, comma 1, c.c.)*, in *Riv. soc.*, 1971, p. 40 e ss.;

SCALFI, *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, p. 45;

SCOGNAMIGLIO G., *La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 365 e ss.;

SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, p. 103;

SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 776 e ss.;

SCORZA, *L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 645 e ss.;

SCOTTI CAMUZZI, *I poteri del presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Riv. intern. scienze economiche e commerciali*, 1963, p. 908;

SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Milano, 1961;

SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, p. 60 e ss.;

SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, Milano, 1999, p. 84 e ss.;

SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, II, Torino, 1934, p. 693;

SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 233 e ss.;

SPADA, *Diritto commerciale, Vol. II, Elementi*, Padova, 2009, p. 36 e ss.;

SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 468;

STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 223;

STELLA RICHTER JR. M., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in AA.VV., *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Bernardino Libonati, Milano, 1995, pp. 288 e ss.;

TANZI, *Azioni e diritto di famiglia*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2, Torino, 1992, p. 537 e ss.;

TERENGI, *Nota a Cass. 23 marzo 1996, n. 2652*, in *Le società*, 1996, 10, p. 1150;

TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. di "gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 122 e ss.;

TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 23 e ss.;

TOMBARI, *L'organo amministrativo di s.p.a. tra "interessi dei soci" ed "altri interessi"*, in *Rivista delle società*, 2018, I, p. 20 e ss.;

TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, p. 413 e ss.;

TRIMARCHI P., *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 178;

VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1968, p. 184 e ss.;

VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, p. 11;

VENDITTI, *L'assicurazione di interessi altrui*, Napoli, 1961, p. 65 e ss.;

VENTORUZZO, *Art. 2391*, in *Amministratori (art. 2380-2396)*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, p. 440 e ss.;

VENTORUZZO-CONAC-GOTO-MOCK-NOTARI-REISBERG, *Comparative corporate law*, St. Paul (MN), 2015, p. 316;

VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, II, Milano, 1884, p. 138;

VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*, II, Milano, 1906, p. 295;

VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*, II, Milano, 1928, p. 294;

VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 326 e ss.;

VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*, II, Milano, 1935, p. 230;

VIVANTE, *Le società finanziarie (holdings) e la loro responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 596;

VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione contro i danni*, in *Digesto comm.*, I, Torino, 1987, p. 407 e ss.;

WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 93;

WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 338 e ss.;

WEILLER, *Il conflitto d'interessi nella società*, in *Foro pad.*, 1946, II, p. 43;

ZAMPERETTI, *Il "nuovo" conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società*, 2005, 9, p. 1091 e ss.;

ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiuntiva nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 90 e ss e 139 e ss.

INDICE DEI DOCUMENTI

AMERICAN BAR ASSOCIATION. COMMITTEE ON CORPORATE LAWS, *Model Business Corporation Act annotated: official text with official comments*, 2005;

AMERICAN BAR ASSOCIATION. COMMITTEE ON CORPORATE LAWS, *Model Business Corporation Act annotated: official text with official comments*, 2007;

COMMISSIONE MINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLA LEGISLAZIONE COMMERCIALE, *Progetto preliminare per il nuovo Codice del Commercio*, Milano, 1922, p. 63;

COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI. SOTTOCOMMISSIONE B, *Codice del Commercio*, I Progetto, Roma, 1925, p. 75;

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Roma, 1943, p. 218.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. Torino 3 aprile 1917;

Cass. 25 maggio 1933, in *Giur. it.*, 1933, I, 1, p. 924;

Cass. 24 gennaio 1936, in *Riv. dir. comm.*, 1936, II, p. 205 e ss., con nota di NAVARRINI, *Questioni in materia di società e di fallimento*;

Cass. 9 giugno 1941, in *Dir. fall.*, 1942, II, p. 359;

Cass. 3 agosto 1949, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, p. 421 e ss.;

Cass. 30 dicembre 1954, n. 4366, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, p. 134;

Cass. 20 giugno 1958, n. 2148, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, p. 27 e ss.;

Cass. 25 ottobre 1958, n. 3471, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, p. 27 e ss.;

Cass. 18 aprile 1961, n. 853, in *Foro it.*, 1961, I, p. 572;

Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 771 e ss., con nota di LA VILLA, e in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220 e ss., con nota di FERRI G.;

Cass. 13 febbraio 1978, n. 660, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 665, con nota di GRIPPO;

Cass. 6 giugno 1985, n. 3360, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2231;

Cass. 21 novembre 1986, n. 7060, in *Foro it.*, 1987, I, p. 810 e ss.;

Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1174 e ss.;

Cass. 20 marzo 1990, n. 2332, in *Giur. civ.*, 1990, I, p. 2067 e ss.;

Cass. 22 giugno 1990, n. 6278, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 45 e ss.;

Cass. 8 maggio 1991, n. 5123, in *Foro it.*, 1992, I, p. 817 e ss.;

Cass. 8 maggio 1992 n. 5498, in *Le società*, 8, 1992, p. 1066;

Cass. 11 marzo 1993, n. 2958, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 311;

Cass. 16 febbraio 1994, n. 1498;

Cass. 18 agosto 1994, n. 7437, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, p. 551, con nota di REGINE;

Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334;

Cass. 23 marzo 1996, n. 2562, in *Foro it.*, 1997, I, p. 1933, con nota di NAZZICONE, e in *Le società*, 1996, 10, p. 1146 e ss., con nota di TERENGI;

Cass. 20 agosto 1997, n. 7769, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1455 e ss.;

Cass. 26 novembre 1998, n. 12012, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p. 243, con nota di IRRERA;

Cass. 10 aprile 1999, n. 3514, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 593 e ss.;

Cass. 21 marzo 2000, n. 3312, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2329 e in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1953;

Cass. S.U. 6 maggio 2000, n. 295, in *Dir. giust.*, 2000, p. 58 e ss.;

Cass. 15 giugno 2000, n. 8159, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 34 e ss.;

Cass. 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Società*, 2001, p. 675;

Cass. S.U. 18 aprile 2002, n. 5556, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 895, con nota di LA TORRE;

Cass. 26 agosto 2004, n. 16999, in *Vita notarile*, 2004, p. 1623;

Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro it.*, 2006, p. 3455;

Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 811;

Cass. 5 giugno 2007, n. 13058, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it;

Cass. 17 luglio 2007, n. 15950, in *Società*, 2007, p. 1459;

Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098, in *Famiglia e diritto*, 2008, 5, con nota di RIMINI C.;

Cass. 2 febbraio 2009, n. 2569, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 799 e ss., con nota di DELMONTE;

Cass. 4 ottobre 2010, n. 20597, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1348 e ss.,
con nota di BENEDETTI;

Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *www.ilcaso.it*;

Cass. 28 ottobre 2011, n. 22529;

Cass. 10 ottobre 2013 n. 23089, in *Dejure*, *www.dejure.giuffre.it*;

Cass. 30 dicembre 2014, n. 27547, in *Dejure*, *www.dejure.giuffre.it*;

Cass. 1 dicembre 2016, n. 24547, in *Dejure*, *www.dejure.giuffre.it*;

Cass. 8 marzo 2017, n. 5794;

Cass. 7 dicembre 2017, n. 29475, in *Dejure*, *www.dejure.giuffre.it*;

CORTE DI APPELLO

App. Napoli 18 marzo 1908;

App. Milano 8 dicembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 15, con nota di
WEIGMANN;

Decr. App. Milano 11 luglio 1991, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 257 e
ss.;

App. Milano 5 gennaio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 739;

App. Roma 29 maggio 2001, in *Società*, 2001, p. 1487;

App. Messina 21 marzo 2008;

TRIBUNALE

Trib. Genova 15 dicembre 1908;

Trib. Milano, 19 gennaio 1919;

Trib. Lanciano 26 gennaio 1952, in *Foro it.*, 1952, I, p. 937;

Trib. Aosta 3 luglio 1971, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, p. 132;

Trib. Milano 20 marzo 1980, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 396, con
nota di JAEGER P.G.;

Trib. Roma 18 marzo 1982, in *Giur. comm.*, II, p. 592 e ss.;

Trib. Milano 5 marzo 1984, in *Società*, 1984, p. 1003;

Trib. Ravenna 25 settembre 1984, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Società*, n. 364;

Trib. Piacenza 12 gennaio 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 210;

Trib. Milano 17 settembre 1987, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 797, con nota critica di JAEGER P.G.;

Trib. Milano 5 novembre 1987, in *Giur. comm.*, II, p. 775 e ss.;

Trib. Roma 15 gennaio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, p. 257 e ss.;

Trib. Milano 29 giugno 1989, in *Società*, 1989, p. 1285;

Decr. Trib. Verona 7 febbraio 1990, in *Le società*, 1990, p. 801 e ss.;

Trib. Milano 4 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 175;

Decr. Trib. Verona 31 gennaio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, p. 783 e ss., con nota di COTTINO;

Trib. Velletri 27 aprile 1992, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 355 e ss., con nota di DI GRAVIO;

Trib. Milano 29 giugno 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 236, con nota di WEIGMANN;

Decr. Trib. Milano 19 marzo 1993, in *Le società*, 1993, p. 1247 e ss., con nota di MORELLI;

Trib. Catania 30 settembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, p. 890 e ss., con nota di NAZZICONE;

Trib. Milano 20 gennaio 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 237, con nota di DACCÒ;

Ord. Trib. Velletri 26 gennaio 1994, in *Società*, 1994, 6, p. 804 e ss., con nota di MORACE PINELLI;

Trib. Roma 18 febbraio 1994, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, p. 543 e ss.;

Trib. Milano 26 settembre 1994, in *Famiglia e diritto*, 1995, 1, p. 52 e ss., con nota di SCHLESINGER;

Trib. Milano 28 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 98;
Trib. Milano 2 giugno 2000, in *Foro it.*, 2000, p. 3638;
Trib. Roma 11 marzo 2005, in *Foro it.*, 2006, p. 293 e ss.;
Ord. Trib. Napoli 15 novembre 2005, in *RDS*, 2007, 3, p. 83 e ss.;
Trib. Lucca 23 agosto 2006, in *Le società*, 2008, p. 89 e ss., con nota
di LOLLI;
Trib. Verona 13 luglio 2007, in *Società*, 2008, p. 1385, con nota di
CIVERRA;
Trib. Bari 13 ottobre 2008, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it;
Ord. Trib. Milano 20 dicembre 2013, in *Giurisprudenza delle imprese*,
<http://bit.ly/1j2OgFA>, p. 23 e ss.;
Trib. Roma 23 gennaio 2017, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it;
Ord. Trib. Brescia. 11 febbraio 2017, in *Dejure*, www.dejure.giuffre.it;

PRETURA

Pret. Rieti 14 febbraio 1973, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1973,
II, p. 300;
Pret. Milano 25 giugno 1976, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1976,
II, p. 502;

TAR

TAR Abruzzo, Pescara, 19 febbraio 2015, n. 84;
TAR Piemonte n. 125 del 2015;

CORTE COSTITUZIONALE

Corte Cost. 23 luglio 1974, n. 248;

COLLEGIO ARBITRALE

Coll. Arb. 2 luglio 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 911;

GIURISPRUDENZA STRANIERA

Cass. com. 23 gennaio 1968, in *Bull. Cass.*, IV, p. 28.