

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

in

"DIRITTO, PERSONA E MERCATO"

CICLO XXVII

TITOLO DELLA TESI: "Rinuncia all'azione sociale *ex art. 2393 c.c.* e manleva dalla responsabilità in favore degli amministratori nelle acquisizioni societarie."

TESI PRESENTATA DA: Edoardo Morino

TUTOR: Chiar.ma Prof.ssa Eva Raffaella Desana

COORDINATORE DEL DOTTORATO: Chiar.mo Prof. Roberto Caranta

ANNI ACCADEMICI: 2012-2014

SETTORE SCIENTIFICO-DISCIPLINARE DI AFFERENZA: Diritto commerciale (IUS/04)

INDICE

<i>Introduzione</i>	1
---------------------------	---

CAPITOLO I

GLI ACCORDI SULLA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NEL QUADRO DELLA DISCIPLINA SUI PATTI PARASOCIALI

1. Struttura e funzione dei patti di rinuncia all'azione sociale <i>ex art.</i> 2393 c.c. in favore degli amministratori e loro riconducibilità ai sindacati di voto.....	4
2. Efficacia obbligatoria dei patti parasociali, collegamento funzionale con il contratto di società e ricadute sull'attività sociale.....	17
3. Autonomia privata e norme imperative inderogabili.....	28
4. L'esercizio del diritto di voto in contrasto con l'interesse sociale: riflessioni critiche.....	36
5. Il regime pubblicitario dei patti parasociali. L'obbligo di <i>disclosure</i> degli accordi sulla responsabilità degli amministratori come espressione del principio di correttezza e buona fede.....	42

CAPITOLO II

LA RINUNCIA ALL'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ NELLE ACQUISIZIONI SOCIETARIE

-

SEZIONE I

LA RINUNCIA ALL'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ FRA NORME IMPERATIVE E TUTELA DELL'INTERESSE SOCIALE

1. La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori come rinuncia al diritto sostanziale. La funzione c.d. "organizzativa" della disciplina <i>ex art. 2393</i> , ultimo comma, c.c.	48
2. La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte della minoranza e il suo rilievo nella definizione dei rapporti con la maggioranza.....	59
3. La responsabilità degli amministratori fra imperatività e derogabilità....	69
4. (<i>Segue</i>) Le condizioni soggettive alla libera disponibilità della disciplina sulla responsabilità degli amministratori e il giudizio di meritevolezza o immeritevolezza <i>ex art. 1322</i> , comma 2, c.c.	82
5. (<i>Segue</i>) La preventiva autorizzazione dell'assemblea e la responsabilità degli amministratori verso la società per gli atti compiuti.....	90
6. Il contrasto dei patti di rinuncia all'azione sociale <i>ex art. 2393</i> c.c. con la disciplina sulla responsabilità degli amministratori.....	97
7. Ancora sull'interesse sociale quale limite alla validità degli accordi sulla responsabilità degli amministratori.....	101

SEZIONE II

VINCOLI LEGALI E CONTRATTUALI

PER LA RINUNCIA ALL'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ

1. La rinuncia come atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale. La rinuncia all'azione sociale di responsabilità come atto dismissivo di natura non autorizzatoria: critica (rinvio).....	112
2. Causa e motivo nella rinuncia all'azione sociale di responsabilità. Ancora sulla meritevolezza dell'interesse <i>ex art. 1322</i> , comma 2, c.c.	116

3. Oggetto determinato o determinabile della rinuncia: il carattere espresso. Sulla distinzione fra rinuncia <i>post factum</i> , rinuncia preventiva ed esonero dalla responsabilità.....	127
4. L'applicazione dell'art. 1229 c.c. agli accordi sulla responsabilità degli amministratori.....	142
5. L'informazione deliberativa sulla situazione giuridica oggetto della rinuncia. Il ruolo della <i>due diligence</i>	148

CAPITOLO III

ESONERO DALLA RESPONSABILITÀ

E VALUTAZIONE DELL'OPERATO DEGLI AMMINISTRATORI:

UN CONFRONTO CON IL DIRITTO STATUNITENSE

1. I doveri fiduciari degli amministratori nel diritto societario statunitense e le tecniche di difesa da un'offerta pubblica di acquisto: alcune premesse.....	159
2. Lo standard di diligenza richiesto agli amministratori in caso di scalata ostile nel diritto giurisprudenziale del Delaware: il rapporto con la <i>business judgment rule</i> e le cosiddette " <i>exculpatory provisions</i> "	167
3. Spunti ricostruttivi sul <i>duty of good faith</i>	178
4. Il rapporto fra la <i>business judgment rule</i> e il <i>duty of care</i>	183
5. Le clausole di esonero dalla responsabilità e la tutela offerta agli amministratori dalla <i>business judgment rule</i> nell'ordinamento italiano: un tentativo di sintesi.....	188

CAPITOLO IV

LE CLAUSOLE DI MANLEVA

1. Lo stato dell'arte sulla manleva e sui suoi possibili impieghi.....	197
2. La giustificazione causale e la meritevolezza dei contratti di manleva: ancora sul collegamento negoziale. La manleva come contratto di rischio innominato e atipico.....	206
3. La manleva e l'assicurazione contro la responsabilità civile a confronto: i diritti del terzo danneggiato nel contratto di assicurazione e l'efficacia del contratto di manleva.....	212
4. La manleva, l'esonero dalla responsabilità e l'esclusione degli illeciti dolosi.....	216
5. La previsione generica della garanzia. La determinatezza e determinabilità dell'oggetto e il problema dell'importo massimo garantito.....	221
<i>Conclusioni</i>	228
<i>Bibliografia</i>	243

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si prefigge l'obiettivo di scandagliare il tema della validità dei patti parasociali stipulati nel corso delle operazioni dirette al trasferimento di un pacchetto azionario o di una quota con cui l'acquirente si obbliga, dopo aver assunto la qualità di socio, a non esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori nominati dall'alienante. Si tratta di un argomento il cui rilievo non è soltanto legato alla diffusione sempre maggiore nella prassi di tali accordi, ma è altresì dovuto all'importanza che esso assume anche quale chiave per interpretare la direzione in cui muovono le regole del diritto societario, tra istanze che esaltano il ruolo dell'autonomia privata ed esigenze di tutela dei terzi. Non va, infatti, dimenticato che la stessa questione della validità dei patti parasociali, all'interno dei quali s'inseriscono gli accordi in esame, è stata oggetto negli ultimi anni di una significativa evoluzione dovuta, in parte, al radicale cambiamento di prospettiva offerto dallo stesso legislatore, che, con il varo del T.U.F., ne ha sancito la validità in via generale e, in parte, alla stessa evoluzione della giurisprudenza, interprete dei mutamenti in atto.

L'ordine espositivo della trattazione, suddivisa in quattro capitoli, risponde innanzi tutto all'esigenza di inquadrare da un punto di vista sistematico il fenomeno in esame.

Il primo capitolo sarà, dunque, dedicato a ripercorrere sinteticamente le riflessioni della dottrina in tema di patti parasociali (con particolare riferimento ai sindacati di voto) per verificare se alcune delle questioni ricorrenti nella letteratura scientifica sulla materia possano essere utili a confutare la tesi, oggi dominante, secondo cui i patti parasociali sulla responsabilità degli amministratori sarebbero invalidi. Quattro sembrano essere i profili meritevoli di approfondimento: la distinzione fra piano sociale e parasociale; la dialettica fra autonomia

privata e norme imperative; il contrasto con l'interesse sociale; la disciplina sulla pubblicità *ex art. 122 T.U.F. e 2341-ter c.c.*

Il secondo capitolo, che costituisce la parte centrale della ricerca, si articola in due sezioni distinte. La prima verterà, da un lato, sulla disciplina sulla rinuncia all'azione sociale di responsabilità *ex art. 2393*, ultimo comma, c.c., al fine di identificarne natura ed effetti; dall'altro lato, sulle norme che regolano la responsabilità degli amministratori nei confronti della società e sui rapporti fra l'organo di gestione e l'assemblea, onde verificare se gli artt. 2392 e 2393 c.c. abbiano carattere imperativo e, dunque, se un'eventuale pretesa risarcitoria per danni da *mala gestio* possa essere o meno oggetto di disposizione in via preventiva ovvero se un accordo che preveda un obbligo in questo senso possa configgere con l'interesse sociale. La seconda sezione si soffermerà sulla compatibilità dell'atto di rinuncia, e più precisamente della rinuncia all'azione sociale di responsabilità, con le disposizioni dettate dal codice civile per i contratti in generale; si esaminerà, inoltre, la funzione informativa della delibera *ex art. 2393*, ultimo comma, c.c.

Nel terzo capitolo si darà spazio a qualche cenno comparatistico con il diritto statunitense, volto a trarre spunti per individuare possibili risposte sulla validità dei patti in questione; si procederà, quindi, a un confronto con il diritto societario del Delaware, la cui giurisprudenza, rifacendosi al canone della *business judgment rule*, è giunta a elaborare un criterio che consentirebbe di valutare se gli amministratori, nel gestire la società, abbiano ottemperato o no ai loro doveri fiduciari anche laddove lo statuto contempli una clausola di esonero dalla responsabilità.

Oggetto del quarto capitolo saranno, infine, le clausole di manleva inserite nel testo dei contratti per l'acquisto di partecipazioni totalitarie o rilevanti con cui l'acquirente si impegna, una volta divenuto il nuovo socio di controllo, a tenere indenni gli amministratori da ogni costo che essi dovrebbero sostenere nel caso in cui la società *target* o altri soggetti agissero nei loro confronti. Anche in

questo caso sarà necessario affrontare il problema della validità, soffermandosi in primo luogo sulla giustificazione causale del patto di manleva e, in secondo luogo, sia sui vincoli che l'art. 1229 c.c. pone per qualsiasi accordo volto a escludere o a limitare la responsabilità del debitore sia sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto, giacché le clausole di manleva sovente prevedono che l'amministratore dovrà essere tenuto indenne da ogni responsabilità, costo o danno, in questo modo sollevando la questione del potenziale conflitto di tali clausole con la norma di cui all'art. 1346 c.c., dettato in via generale per qualsiasi contratto e, dunque, applicabile anche ai patti di manleva.

CAPITOLO I
GLI ACCORDI SULLA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI
NEL QUADRO DELLA DISCIPLINA SUI PATTI PARASOCIALI

SOMMARIO: 1. Struttura e funzione dei patti di rinuncia all'azione sociale *ex art. 2393 c.c.* in favore degli amministratori e loro riconducibilità ai sindacati di voto. – 2. Efficacia obbligatoria dei patti parasociali, collegamento funzionale con il contratto di società e ricadute sull'attività sociale. – 3. Autonomia privata e norme imperative inderogabili. – 4. L'esercizio del diritto di voto in contrasto con l'interesse sociale: riflessioni critiche. – 5. Il regime pubblicitario dei patti parasociali. L'obbligo di *disclosure* degli accordi sulla responsabilità degli amministratori come espressione del principio di correttezza e buona fede.

1. Struttura e funzione dei patti di rinuncia all'azione sociale ex art. 2393 c.c. in favore degli amministratori e loro riconducibilità ai sindacati di voto.

I contratti di compravendita di partecipazioni sociali, si è scritto, «costituiscono un campo di verifica di alcuni interrogativi teorici di carattere generale» e, al contempo, «rappresentano un terreno di coltura elettivo di alcuni istituti generali della prassi commerciale», come le clausole di garanzia¹.

Fra queste, le clausole che prevedono la rinuncia all'azione sociale *ex art. 2393 c.c.* e la manleva dalla responsabilità in favore degli amministratori nominati dall'alienante sono, dal punto di vista sia teorico che pratico, un caso di studio particolarmente interessante.

La prima domanda che occorre porsi è quale sia la disciplina alla quale devono essere ricondotte dette clausole che, nella prassi, raramente sono inseri-

¹ Così P. MONTALENTI, *Le acquisizioni societarie tra astrattezza del titolo e patrimonio di riferimento*, in *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. IRRERA, Bologna, 2011, p. 3.

te nel testo degli atti di cessione delle azioni o delle quote; assai più frequente è rinvenirle in accordi che precedono il trasferimento delle partecipazioni o in documenti separati custoditi dalle parti in gran segreto allo scopo «di non divulgare potenziali fatti generatori di responsabilità o accuse connesse, che avrebbero l'effetto, ove risaputi, di compromettere la fiducia dei terzi nella società e quella del mercato verso i *managers* additati come infedeli, negligenti o incapaci»².

Le poche pronunce giurisprudenziali sul tema sono sostanzialmente unanimi nel richiamare la disciplina sui patti parasociali (in particolare sui sindacati di voto)³. Tale scelta interpretativa, del resto, è agevolata dalla formulazio-

² A. MONTEVERDE, *Gli aspetti societari delle acquisizioni di partecipazioni: subentro dei nuovi organi e clausole liberatorie*, in *Le acquisizioni societarie*, cit., p. 518.

³ Trib. Roma, 28 settembre 2015, consultabile in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Milano, 16 giugno 2014, in *Giur. comm.*, 2015, con nota di A. TINA, *Patti parasociali e rinuncia all'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c.*; in *Giur. it.*, 2015, p. 674, con nota di B. PETRAZZINI, *Sui patti parasociali aventi ad oggetto l'impegno a non esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori*; in *Notariato*, 2014, p. 545; Trib. Milano, 20 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 403, con nota di E. MORINO, *La responsabilità della holding persona fisica: fisiologia o patologia?*; Trib. Milano, 20 dicembre 2013, consultabile in www.giurisprudenzadelleimprese.it; in *Società*, 2014, p. 559, con nota di M. ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza cautelare* e di G. GUIZZI-I. PAGNI, *Noterelle in tema di legittimazione ad agire e interessi protetti nell'ipotesi di illecito esercizio del potere di direzione e coordinamento di società*; Cass., 28 aprile 2010, n. 10215, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, II, p. 141, con nota di N. CIOCCA, *Patti parasociali e rinuncia all'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori uscenti*; in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 802, con note di C. FIENGO, *Convenzioni parasociali di rinuncia all'azione sociale di responsabilità*, di C. DI DONATO, *Convenzioni di voto e azione di responsabilità nei confronti degli amministratori* e di A. TINA, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società*; Cass., 1° ottobre 1999, n. 10869, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1462; in *Dir. e prat. soc.*, 2000, p. 58, con nota di M.E. GURRADO, *Rinuncia all'azione sociale di responsabilità e delibera assembleare*; in *Società*, 2000, p. 432, con nota di M. DELUCCHI, *Nullità della rinuncia o transazione dell'azione ex art. 2393 senza previa deliberazione assembleare*; Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 99, con nota di F. CAMILLETI, *Convenzioni di voto e conflitto di interessi*; in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1321, con nota di G. VIDIRI, *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinali e giurisprudenziali*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 95, con nota di M. BALZANO, *Sulla validità di accordi parasociali di voto. La validità della rinuncia all'azione di responsabilità deliberata in sede extra-assembleare, benché non consacrata in un patto parasociale, è un tema che è stato affrontato anche da Cass.*, 7 luglio 2011, n. 14963, in *Giur. it.*, 2012, p. 1074, con nota di E. DESANA; in *Giur. comm.*, 2013, II, 19, con nota di A. TINA, *La rinuncia e la transazione dell'azione sociale di responsabilità in mancanza della preventiva delibera assembleare*; Cass., 24 aprile 2007, n. 9901 (ma anche in questo caso la controversia aveva avuto origine dalla cessione di una partecipazione), in *Giur. it.*, 2007, 2757, con nota di R. WEIGMANN; in *Notariato*, 2008, 5, p. 513, con nota di N.A. TOSCANO, *La transazione dell'azione sociale di responsabilità e il rapporto tra gli artt. 1304 e 2393 c.c.*; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 42, con nota di R. PARTISANI, *La dichiarazione di voler profittare della transazione e la delibera assembleare sull'azione so-*

ne testuale delle clausole in esame, con cui la persona fisica o giuridica che si rende cessionaria delle azioni o delle quote si impegna: *i*) a non votare (o a votare contro) l'azione sociale di responsabilità *ex art.* 2393 c.c. e, di conseguenza, a non attivarsi secondo quanto previsto dall'*art.* 2393-*bis* c.c.; *ii*) a rinunciare all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità *ex artt.* 2393 e 2393-*bis* c.c.; *iii*) a garantire, nel caso in cui all'accordo partecipino gli stessi amministratori, che l'azione sociale di responsabilità non venga comunque promossa dalla società, da una minoranza qualificata, ai sensi dell'*art.* 2393-*bis* c.c., o dagli altri soggetti a ciò legittimati (*artt.* 2393, comma 3, *art.* 2394-*bis*, 2409, comma 5, 2409-*decies*, comma 2, c.c.)⁴.

Vale, dunque, la pena soffermarsi in via preliminare, senza alcuna pretesa di esaustività, sull'evoluzione storica del dibattito riguardante alcuni interrogativi che il variegato fenomeno dei patti parasociali ha sollevato nel corso del tempo: l'obiettivo è risalire all'origine degli argomenti impiegati per negare la validità delle clausole in esame; contestualmente, si cercherà di individuare alcuni problemi che verranno recuperati nel prosieguo dell'indagine.

Per diversi decenni i patti parasociali sono stati circondati da una certa diffidenza, per non dire ostilità, generata dalla «più o meno scoperta sensazione che non bastasse il richiamo ai principi generalissimi dell'autonomia negoziale a giustificare la stipulazione di simili accordi semiclandestini, proprio perché, viceversa, in materia di organizzazione e funzionamento delle società di capitali, l'autonomia delle parti interessate doveva quasi sempre cedere il passo alle prescrizioni dettate dal legislatore per garantire la tenuta tipologica delle figure societarie e, attraverso quella, per salvaguardare interessi anche esterni alla compagine sociale (o al relativo gruppo di comando)»⁵.

ziale di responsabilità; in *Società*, 2008, p. 184, con nota di F. VALENZA, *Mala gestio per conflitto di interessi e transazione della società con altro coobbligato*.

⁴ Gli esempi sono tratti da A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, p. 326. Si v., inoltre, il testo dell'accordo su cui si è pronunciata Cass., 28 aprile 2010, *cit.*

⁵ R. RORDORF, *I sindacati di voto*, in *Società*, 2002, p. 20.

Oggi, invece, la situazione è radicalmente cambiata: il diritto vigente non offre più alcun margine per mettere in discussione che, con le norme introdotte prima dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e poi dalla riforma del diritto societario del 2003, i patti parasociali siano pienamente ammissibili⁶. La nuova disciplina avrebbe così permesso di trovare un equilibrio fra la libertà contrattuale (che nei patti parasociali si esprime) e l'esigenza di assicurare la contendibilità e, quindi, anche la trasparenza degli assetti societari⁷.

Il legislatore ha però limitato il suo intervento soltanto ad alcuni aspetti del fenomeno, cioè la durata e la pubblicità, senza fornire una definizione generale, senza specificare quali siano i diritti e gli obblighi delle parti e soprattutto quali le condizioni perché un patto parasociale possa essere considerato valido⁸: dato l'avvenuto riconoscimento a livello normativo, la validità dovrebbe darsi per implicita⁹, ma ciò non significa che tutto sia consentito. Ne discendono le seguenti conclusioni: che i patti parasociali, a dispetto della loro introduzione

⁶ Ad anticipare quest'orientamento furono, com'è risaputo, due celebri sentenze della Suprema Corte: Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Corr. giur.*, 1996, p. 198 ss., con nota di G. LOMBARDI, *Un'interessante pronuncia della Cassazione in tema di patti parasociali*; in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 50 ss., con i commenti di V. Buonocore, V. Calandra Bonaura, F. Corsi, R. Costi, A. Gambino e P. G. Jaeger, *Un revirement della Cassazione in materia di sindacati di voto?*; in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 164 ss., con nota di G. COTTINO, *Anche la giurisprudenza canonizza i sindacati di voto?*; in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 73 ss., con nota di G. VIDIRI, *Sui sindacati di voto a tempo indeterminato*; in *Riv. notar.*, 1996, p. 626; in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 110 ss., con nota di G. A. RESCIO, *Convenzioni di voto: note a margine di recenti provvedimenti*; in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 199 ss., con nota di L. QUAGLIOTTI, *Sui limiti di durata dei sindacati di voto*; in *Società*, 1996, p. 37 ss., con nota di F. PERNAZZA, *Validità delle convenzioni di voto: un "anticipatory overruling"?*; in *Vita notar.*, 1996, p. 933; Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Corr. giur.*, 2002, p. 320, con nota di G. LOMBARDI, *Questioni in tema di durata dei patti parasociali*; in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 212, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Aspetti nuovi dei patti parasociali*; in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 666, con nota di R. COSTI, *La Cassazione e i sindacati di voto: tra dogmi e natura delle cose*; in *Giur. it.*, 2002, p. 547, con nota di G. COTTINO; in *Riv. notar.*, 2002, p. 1047, con nota di C. VOCATURO, *Patti parasociali: validi anche se relativi alla nomina degli organi sociali ed a tempo indeterminato*; in *Società*, 2002, p. 431, con nota di L.G. PICONE, *Validità dei sindacati di voto a tempo indeterminato*.

⁷ A. BADINI CONFALONIERI, *I patti parasociali*, in *La s.p.a. Profili comparatistici. La costituzione*, in *Le nuove s.p.a.*, trattato diretto da O. CAGNASSO-L. PANZANI, Bologna, 2013, p. 774.

⁸ M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, IV, Torino, 2006, p. 475.

⁹ G. LOMBARDI, *I patti parasociali nelle società non quotate e la riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 269.

nel codice civile, devono essere qualificati come contratti atipici¹⁰ e che l'elenco di cui all'art. 2341-bis c.c. «non permette né di ritenere sempre e comunque valide le convenzioni ivi ricomprese né, all'opposto, illegittimi gli accordi non considerati»¹¹.

È pacifico, quindi, che i patti parasociali debbano avere in primo luogo, ai sensi degli artt. 1343-1349 c.c., un oggetto lecito, possibile, determinato o determinabile e una causa lecita¹². Se si conviene sulla loro inclusione fra i contratti atipici, dovrà procedersi caso per caso a vagliare il loro contenuto in conformità al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.¹³ – giudizio che in ogni caso il legislatore avrebbe già formulato sulla categoria nel suo complesso¹⁴, lasciando intendere che la stabilizzazione degli assetti proprietari e del governo societario siano quelli che lo stesso art. 1322 c.c. considera «interessi meritevoli di tutela»¹⁵. Non solo: alla luce del collegamento fra il contratto di società e il patto parasociale, occorre inoltre domandarsi se quest'ultimo non preveda obblighi che cozzano con principi di ordine pubblico e con il principio di tipicità delle società¹⁶.

¹⁰ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 795; P. FIORIO, *sub art. 2341-bis e 2341-ter c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 135.

¹¹ P. FIORIO, *op. loc. cit.*

¹² V. SALAFIA, *I patti parasociali nelle società non quotate*, in *Società*, 2005, p. 945.

¹³ Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, *cit.*; A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 795 e 854. Per un recente contributo su questo specifico tema cfr. P.M. SANFILIPPO, *I patti parasociali. Per una riflessione sulle tecniche di controllo*, in *Leggi civ. comm.*, 2014, p. 1135 ss. e in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano, 2015, p. 607 ss.

¹⁴ Cfr. E. CERVIO, *Patti parasociali e tutela d'urgenza* (nota a Trib. Genova, 8 luglio 2004), in *Contratti*, 2005, p. 340 ss. (secondo cui i patti parasociali sarebbero divenuti con la riforma un «negozio tipico»); P. FIORIO, *op. loc. cit.*; R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 206. Avverte M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 479, n. 30, che «la tipizzazione di un negozio da parte del legislatore può riguardare svariati livelli della disciplina negoziale (l'oggetto, i soggetti, ed anche – ma non necessariamente – una determinata funzione tipica), ma può non esaurire il problema del controllo della funzione concretamente svolta dal singolo negozio, che può risultare non meritevole di tutela o addirittura illecita anche quando il negozio si avvale di schemi legalmente tipici. Può dunque darsi un negozio legalmente tipico ma avente causa lecito».

¹⁵ A. BADINI CONFALONIERI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶ A. BADINI CONFALONIERI, *op. loc. ult. cit.*; P. FIORIO, *op. loc. cit.*

Sono queste le coordinate che ancora oggi indicano agli interpreti e agli operatori il confine oltre il quale si può presumere (fino a prova contraria) che un patto parasociale sia invalido. D'altronde si tratta di accordi in cui la disciplina delle società e la disciplina generale dei contratti sembrano intersecarsi e intrecciarsi in modo indissolubile. Sulla base delle medesime coordinate (in cui s'inscrive l'impostazione condivisa dalla giurisprudenza che si è occupata dei patti sull'azione sociale di responsabilità) si dovrà procedere nel corso delle pagine che seguono.

Guardando ora alla funzione e alla struttura dei patti parasociali, può essere di qualche aiuto muovere da una loro definizione il più possibile onnicomprensiva (non rintracciabile nel testo del codice, come si è già detto, né altrove) per meglio evidenziare la specificità degli accordi che riguardano la responsabilità degli amministratori, oggetto specifico della presente trattazione.

Com'è noto, fu Giorgio Oppo il primo a descrivere i patti parasociali come negozi che possono vincolare i soci fra di loro, verso la società o verso i suoi organi¹⁷; due caratteristiche consentono di identificarli: *a*) la distinzione dal contratto sociale, ossia il «carattere individuale e personale del vincolo prodotto dal negozio, contrapposto al carattere sociale degli obblighi che si richiamano alla legge della società, sì che resta esclusa per il primo quella particolare efficacia che e nei rapporti e in quelli con i terzi ha il regolamento sociale (legale o statutario) del rapporto sociale»; *b*) il collegamento col rapporto sociale, in quanto i patti parasociali «sono accordi che si concludono accanto allo statuto e più in generale accedono al regolamento *sociale* del rapporto e dell'azione sociale ma non perdono l'autonomia di negozi distinti»¹⁸. Ragionando in un'ottica funzionale, dunque, il patto parasociale si lega al contratto di società (esistente o da

¹⁷ G. OPPO, *Contratti parasociali*, in *Diritto delle società. Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, p. 1.

¹⁸ Le citazioni sono tratte ancora da G. OPPO, *op. cit.*, p. 2 s. Dello stesso Autore si v. anche ID., *Le convenzioni parasociali fra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 517: «il senso del parasociale è appunto questo: un senso di separazione dal regolamento legale e statutario dal rapporto sociale, ma anche un senso di coesistenza, di affiancamento, di collegamento con quel rapporto».

costituire) in un rapporto di connessione per accessorietà che è anche dipendenza¹⁹, integrandone l'esecuzione e lo scopo; prendendo di nuovo in prestito le parole di Oppo, «il contratto sociale funge da presupposto necessario del patto accessorio, che senza un rapporto sociale cui accedere e su cui agire non avrebbe senso»²⁰.

Posto che vi sono diversi modi di decifrare un concetto ambiguo come quello di integrazione (e su questo punto si tornerà più avanti), il collegamento funzionale con il contratto di società è anche l'elemento che permette di enucleare, astruendo dai tipi elencati all'art. 2341-*bis* c.c., l'oggetto dei patti parasociali, che possono essere definiti come quei «patti diversi ed esterni rispetto al contratto sociale vero e proprio, ma che vi si ricollegano dal punto di vista causale, giacché con essi gli aderenti si impegnano a tenere determinati comportamenti nell'espletamento dei poteri e delle facoltà loro spettanti in qualità di soci»²¹.

Qui sorge un primo problema: poiché mediante un patto parasociale i soggetti che vi aderiscono mirano a intervenire su determinati rapporti e vicende che hanno origine dall'attività sociale e, quindi, a regolare una pluralità di atti o fatti suscettibili di ripetersi nel tempo, sarebbe legittimo domandarsi se in tale nozione rientrino anche i patti "occasionalisti", ossia quei patti la cui efficacia si esaurisce nel contesto di una sola votazione o di una sola operazione. E tali possono essere considerati i patti che prevedono la rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori: essi si riferiscono al voto che dovrà essere espresso dall'acquirente della partecipazione nel corso di una sin-

¹⁹ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 485.

²⁰ G. OPPO, *Contratti parasociali, cit.*, p. 74.

²¹ R. RORDORF, *op. cit.*, p. 19. Nell'opinione di M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 467, le difficoltà nel delineare una nozione che vada al di là del dettato normativo deriverebbero «dal fatto che i due tipi fondamentali, che storicamente stanno alla radice della figura del patto parasociale, hanno caratteristiche differenti: i sindacati di voto tendono tipicamente a realizzare forme di controllo della società o comunque di orientamento di scelte degli organi sociali, mentre i sindacati di blocco, pur essendo anch'essi, tipicamente, parte integrante di più complessi patti di controllo della società, hanno però un contenuto tipico».

gola assemblea appositamente convocata (spesso subito dopo il perfezionamento dell'acquisto).

A questa domanda sembra aver dato una risposta positiva quella dottrina che, al fine di elaborare una nozione più precisa (dal punto di vista strutturale e funzionale) di patto parasociale, afferma la ricorrenza in questi accordi di «tre connotati tipologici:

i) il patto parasociale ha un contenuto normativo o programmatico o preparatorio, quindi non immediatamente dispositivo; tale contenuto tuttavia [...] può limitarsi ad una determinata operazione o vicenda attinente alla vita della società e non deve essere necessariamente di lunga durata; possono inquadarsi nella nozione tipica, quindi, patto parasociali “occasional”;

ii) l'oggetto delle previsioni del patto riguarda l'esercizio di situazioni soggettive del socio o l'esercizio delle funzioni degli organi della società;

iii) il patto parasociale non è giuridicamente rilevante solo come atto negoziale (e quindi in termini di validità/efficacia dell'atto stesso) ma anche come semplice fatto giuridico [...]; sotto quest'ultimo profilo la fattispecie si allarga fino a ricomprendere qualsiasi forma di intesa (o “concerto”, per riprendere la nota espressione dell'art. 109 T.U.F.²²) che sia in grado di realizzare un coordinamento consapevole del comportamento di due o più azionisti ovvero del comportamento di titolari di cariche sociali»²³.

Pertanto non può escludersi a priori che i patti riguardino l'esercizio del diritto di voto in una singola e specifica assemblea²⁴. Ed è abbastanza intuitivo che, quando si parla di accordi con cui gli aderenti decidono come si dovrà vo-

²² Rubricato, per l'appunto, “Acquisto di concerto”.

²³ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 466, il quale tuttavia puntualizza (p. 467 e 469) che un patto “occasionale” potrebbe interessare solo un evento di particolare importanza come un'operazione straordinaria e non «un atto di disposizione *una tantum* di determinate partecipazioni societarie» (p. 467). Fra coloro che nella definizione di patto parasociale ricomprendono anche gli accordi programmatici “occasional” volti ad orientare in un certo modo il comportamento di più soggetti in vista di una determinata operazione societaria, cfr. A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 778; V. DONATIVI, sub art. 2341-bis, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, 2004, p. 168 s.

²⁴ Cfr. R. RORDORF, *op. cit.*, p. 23; A. NUZZO, *Il vincolo di voto nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 487.

tare sulla responsabilità degli amministratori, ci si riferisce a “intese” che hanno come oggetto o come effetto di influire sull’esercizio di diritti corporativi del socio²⁵ (nella fattispecie, il diritto di voto²⁶) o, più genericamente, «il cui oggetto attiene a materie di competenza degli organi societari e tende ad orientare una o più future deliberazioni di organi societari, o attraverso la programmazione del diritto di voto in assemblea o attraverso la programmazione di deliberazioni di altri organi della società»²⁷.

Ma è il dato strutturale che conferisce agli accordi di cui si discute un rilievo del tutto peculiare: sia perché l’impegno a rinunciare all’azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori o a tenerli indenni da ogni onere risarcitorio derivante da un’eventuale condanna vincola i soci nei confronti di soggetti terzi, ossia, per l’appunto, gli amministratori uscenti (che, in tre dei casi esaminati dalla giurisprudenza, erano anche i soci alienanti²⁸); sia perché l’acquisto della qualità di socio, nella maggioranza dei casi²⁹, segue (e non precede) la stipula del contratto per la cessione della partecipazione³⁰.

All’indomani della pubblicazione della legge delega per la riforma del diritto societario una parte della dottrina aveva contestato la possibilità che un sindacato di voto si configurasse come un contratto a favore di terzo, individuando nella società il terzo beneficiario³¹.

²⁵ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 470.

²⁶ Dev’essere segnalata in proposito l’opinione di P. FIORIO, *op. cit.*, p. 145, il quale, distinguendo il diritto di voto dagli altri diritti di natura amministrativa (come il diritto di impugnare le deliberazioni dell’assemblea o il diritto di promuovere l’azione sociale di responsabilità), sostiene che, stando al tenore letterale dell’art. 2341-*bis* c.c., un patto parasociale non potrebbe disciplinare l’esercizio congiunto di tali diritti.

²⁷ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 468, che li qualifica come «patti parasociali partecipativi» per distinguerli da quelli «esterni», cioè le intese «il cui oggetto consiste nell’orientare l’esercizio di disposizione della partecipazione sociale da parte dell’azionista».

²⁸ Cass., 28 aprile 2010, n. 10215, *cit.*; Cass., 1 ottobre 1999, n. 10869, *cit.*; Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, *cit.*

²⁹ Ossia: salvo i casi in cui la partecipazione non venga ceduta agli altri soci; cfr. Cass., 1 ottobre 1999, n. 10869, *cit.*; Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, *cit.*

³⁰ Come ha ben sottolineato Trib. Milano, 16 giugno 2014, *cit.*

³¹ R. RORDORF, *op. cit.*, p. 24.

Eppure (lo si è ricordato poco fa) già lo stesso Oppo, nell'elaborare la sua teoria, era partito dall'ipotesi in cui un patto parasociale vincolasse i soci verso la società³². La prassi, come spesso accade, si è incaricata di concretizzare (e di convalidare) quest'ipotesi³³.

Che i soci possano contrarre un obbligo nei confronti della società non vuol dire che il patto abbia efficacia "reale": poiché la società può stipulare contratti con ciascuno dei soci e far valere le rispettive pretese, non vi sarebbe ragione per escludere che essa possa esercitare anche pretese derivanti da un contratto a suo favore (purché sussistano i requisiti previsti dalla legge)³⁴. Né vi sarebbe ragione, in coerenza con la disciplina generale sui contratti, per negare che un patto parasociale (un contratto sì plurilaterale, ma pur sempre un contratto) possa contemplare disposizioni a favore di terzi (non solo della società)³⁵. Ad esempio, nel caso in cui il patto interessasse uno o più soci da una parte e uno o più amministratori dall'altra³⁶, e i soci si impegnassero a pagare un indennizzo all'amministratore³⁷, il patto sarebbe valido ai sensi degli artt. 1411 ss. c.c., purché gli amministratori non siano vincolati ad amministrare la società nell'esclusivo interesse dei soci; diversamente, il patto sarebbe nullo in quanto l'amministratore deve perseguire l'interesse sociale (e non quello del socio)³⁸.

³² Per ulteriori raffronti v. G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 109 ss.; ID., *Contratto parasociale a favore della società*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, p. 704 e in *Diritto delle società. Scritti giuridici*, cit., p. 170 s. Lo stesso Autore, in origine, aveva però escluso la partecipazione di terzi estranei alla società (G. OPPO, *Contratti parasociali*, cit., 13), salvo poi rivedere la propria posizione includendo fra i patti parasociali anche gli accordi con cui i soci regolino «anche nei rapporti con la società, con organi sociali o con terzi, un loro interesse o una loro condotta sociale» (G. OPPO, *Le convenzioni parasociali fra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, cit., 517).

³³ Cfr. L. FARENGA, *Patti parasociali*, in *Dig., Disc. priv., Sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 20 e la giurisprudenza ivi citata.

³⁴ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 785; M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 485.

³⁵ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 786, secondo cui a poco varrebbe obiettare che la modifica o la revoca del patto richiederebbero, prima dell'adesione del terzo, l'accordo unanime delle parti, in quanto la definizione del patto e l'adesione del terzo sono due momenti distinti «che non incidono sulla causa del contratto».

³⁶ Cfr. A. NUZZO, *op. cit.*, 486.

³⁷ Ipotesi indicata da L. FARENGA, *op. cit.*, p. 19.

³⁸ Cfr. Cass., 12 dicembre 1947, n. 180, in *Giur. Cass. civ.*, 1947, III, p. 331; Cass., 10 aprile 1965, n. 635, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, p. 5, con nota di F. FELICETTI, *Del contratto del socio a favore della*

Tenuto conto, poi, che l'art. 2341-*bis* c.c. non si pronuncia sulle qualità soggettive dei paciscenti³⁹ (così come l'art. 122 del T.U.F.⁴⁰), tanto la dottrina⁴¹ quanto la giurisprudenza⁴² hanno riconosciuto che un patto parasociale possa intercorrere non solo fra i soci, ma anche fra i soci e un terzo (ad esempio, per favorire l'ingresso di quest'ultimo nella società mediante l'acquisto di una partecipazione di controllo o di altra posizione⁴³). Nei sindacati di voto questa scelta potrebbe di certo contribuire a far emergere «più spiccati profili di conflitto di interessi fra socio e società; ma non è certo escluso che tali profili sussistano anche in caso di convenzioni di voto ristrette solo ad alcuni soci ed, in ogni modo, non si tratta di un argomento idoneo a confutare la validità di simili patti in termini generali, bensì di un problema eventuale che – quando si manifesti – andrà risolto mediante l'applicazione delle specifiche norme dettate dal legislatore appunto in tema di conflitto di interessi»⁴⁴ (altro tema che sarà necessario affrontare⁴⁵).

Tende a prevalere l'opinione per cui patti del genere rendono forzata la presenza di almeno un socio⁴⁶, «in atto o *in fieri*»: l'essenza dei patti parasociali

società; Cass., 2 aprile 1975, n. 2578, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 263 con nota di A. GUARNIERI *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*; App. Milano, 10 ottobre 1969, in *Giur. merito*, 1971, I, p. 402.

³⁹ R. RORDORF, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰ Lo sottolinea, con specifico riguardo alla figura dei sindacati di voto, R. COSTI, *I patti parasociali*, in *La riforma delle società quotate*, a cura di F. BONELLI-V. BUONOCORE-F. CORSI-R. COSTI-P. FERRO-LUZZI-A. GAMBINO-P.G. JAEGER-A. PATRONI GRIFFI, Milano, 1998, p. 121.

⁴¹ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 779; M. AVAGLIANO, *Le clausole che limitano o escludono la circolazione di azioni e partecipazioni*, in M. IRRERA (a cura di), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011, p. 397; M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 471; R. RORDORF, *op. cit.*, p. 21; L. FARENGA, *op. cit.*, p. 13.

⁴² Cass., 18 luglio 2007, n. 15963, in *Giur. it.*, 2007, p. 2755 ss., con nota di G. COTTINO, *Patti parasociali: la Cassazione puntualizza*; in *Società*, 2009, 197 ss., con nota di D. PISELLI, *La validità e l'efficacia dei patti parasociali dopo la riforma societaria*; Trib. Milano, 19 aprile 2010, in *Giur. it.*, 2010, p. 1621.

⁴³ M. LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ Così R. RORDORF, *op. loc. cit.*

⁴⁵ Si v. *infra*, § 4, e cap. II, sez. I, § 7.

⁴⁶ L. SAMBUCCI, *Patti parasociali e fatti sociali*, Milano, 2005, p. 3; V. DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 68 s., opera, invece, una distinzione a seconda della finalità perseguita: «se il richiamo agli assetti proprietari sembra alludere ai sindacati di blocco e/o di voto conclusi tra alcuni soci, il richiamo invece più generico ed ampio al governo della società potrebbe anche ricomprendere fattispecie che non coinvolgono alcun socio, ma la stessa società ed un terzo estraneo alla compagine sociale».

escluderebbe, infatti, «la fungibilità del socio col non socio» perché «solo il primo può regolare posizioni acquisite con (o, meglio, inerenti a) la partecipazione sociale»⁴⁷. Tuttavia, siccome il futuro acquirente della partecipazione, per quanto ancora esterno alla compagine sociale, va sicuramente considerato come “socio *in fieri*”, e siccome il diritto di voto relativo alla partecipazione verrà da questi esercitato dopo aver concluso l’acquisto (dunque, dopo essere divenuto a sua volta socio), pare più convincente la tesi secondo cui sarebbero soggette alla disciplina sui patti parasociali anche le convenzioni stipulate fra soli terzi⁴⁸.

In ogni caso i sindacati di voto che statuiscono l’obbligo di rinunciare all’azione sociale di responsabilità e qualsivoglia tipo di accordo con cui i soci si assumono un impegno nei confronti di un terzo (fra i quali i patti di manleva) sembrano accomunati da due caratteristiche: l’accordo potrebbe rivestire la natura di clausola accessoria in un contratto più complesso avente ad oggetto la partecipazione sociale⁴⁹ e servirebbe a garantire una qualche forma di tutela per gli (opposti) interessi delle parti⁵⁰ (nella fattispecie, gli interessi degli amministratori, da un lato, e gli interessi del socio acquirente, dall’altro).

Sulla validità dei patti che riguardano la responsabilità degli amministratori la dottrina prevalente oppone un’obiezione che può essere così riassunta:

⁴⁷ È questa la tesi di G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 596.

⁴⁸ Cfr. R. COSTI, *op. loc. cit.*, il quale, oltre a menzionare l’esempio di soggetti terzi «che si accingano ad acquistare partecipazioni in una società quotata», soggiunge che il patto avrà pratica attuazione «dal momento in cui almeno una delle parti acquisti la qualità di socio». In senso conforme M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 465; G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. BUONOCORE, diretto da R. COSTI, Torino, 2015, p. 72.

⁴⁹ A. NUZZO, *op. cit.*, p. 490, il quale rimarca che un’ipotesi ricorrente è proprio quella degli accordi sull’esercizio del voto conclusi nell’ambito di un contratto di vendita della partecipazione sociale. Tre sono gli esempi riportati dall’Autore (p. 498 ss.): il patto con il quale l’acquirente di un pacchetto azionario assume l’obbligo di votare in assemblea in modo da consentire la nomina di due membri del consiglio di amministrazione e di un sindaco graditi ai venditori (App. Milano, 10 gennaio 1930, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, p. 150); il patto con cui, in occasione della vendita di metà delle azioni della società, venditori e compratori concordano di procedere ad un aumento di capitale e alla nomina di alcuni amministratori (Cass., 5 luglio 1958, n. 2422, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1958, II, 550); il patto con cui, nel contesto di una vendita a termine di azioni, il socio venditore si obbliga, sino al trasferimento delle azioni, ad esercitare il diritto di voto secondo le indicazioni dell’acquirente (Cass., 19 febbraio 1954, n. 442, in *Giur. Cass. civ.*, 1954, IV, 311, con nota di F. DE MARCO, *Osservazioni in tema di sindacati azionari*).

⁵⁰ A. NUZZO, *op. cit.*, p. 491.

dal momento che gli amministratori non sarebbero esenti da responsabilità neppure se l'assemblea, in forza di espressa previsione statutaria, votasse autorizzando determinati atti di gestione, a maggior ragione un effetto analogo non potrebbe prodursi in via convenzionale⁵¹; pertanto, un accordo con cui i soci assumessero l'impegno di votare a favore della rinuncia o della transazione sull'azione sociale di responsabilità sarebbe illecito⁵².

⁵¹ P. FIORIO, *op. cit.*, p. 140.

⁵² G. OPPO, *Contratti parasociali, cit.*, p. 141; ID., *I patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 221; A. BRUNETTI, *Società per azioni*, in ID., *Trattato di diritto delle società*, II, Milano, 1948, p. 391 s.; G. COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958, p. 253 ss. (che però considera nullo per illiceità dell'oggetto soltanto il patto parasociale che vincola il socio nei confronti degli amministratori ma non il patto intervenuto fra i soci); ID., *I sindacati azionari: un problema interpretativo*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, IV, Napoli, 1997, p. 213, n. 15; C. GIANATTASIO, *Ancora in tema di denuncia al tribunale per gravi irregolarità degli amministratori e dei sindaci* (nota ad App. Bologna, 3 giugno 1959), in *Foro pad.*, 1960, c. 211 ss.; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 159; A. BORGIOI, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975, p. 327; ID., *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, p. 277; L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, p. 347; ID., *Sindacato di voto, "sindacato del giudice" e "coercizione" dell'esercizio del voto in assemblea*, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 168; M. BERNARDINI, *Rivisitando la giurisprudenza sui sindacati di voto*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 732; P.G. JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 243; G.A. RESCIO, *I patti parasociali*, in *L'arbitrato, i patti parasociali. Prospettive per il notariato*, Milano, 1991, p. 104; ID., *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G. E. COLOMBO-G. B. PORTALE, III, 1, Torino, 1994, p. 546 s.; ID., *Convenzioni di voto: note a margine di recenti provvedimenti*, *cit.*, p. 122 ss., che distingue fra vincoli generici assunti in via preventiva (considerati nulli) e vincoli specifici assunti una volta verificatosi il fatto fonte di responsabilità (considerati, al contrario, validi); G. CARBONE, *Le convenzioni di voto e la teoria generale del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 71; D. CATERINO, *Incidenza sulla struttura societaria ed illiceità dell'organizzazione parasociale nei patti di sindacato: il caso AMEF-Mondadori*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 884; M. C. BARTESAGHI, *Gli amministratori*, in *Società per azioni*, in *Diritto e realtà*, collana diretta da E. ZANELLI, Torino, 1994, p. 167; A. NERVI, *I sindacati di voto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 192; G. VIDIRI, *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinali e giurisprudenziali*, *cit.*, p. 1331 s.; M. BALZANO, *op. cit.*, p. 101 ss. (richiamando la tesi di G. A. RESCIO, *op. loc. ult. cit.*); F. CAMILLETI, *op. cit.*, p. 105, n. 8; E. PEREGO, *La conversione del patto nullo di non votare l'azione di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 641 ss.; L.G. PICONE, *L'assunzione del debito da parte della società nella nuova disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 36 ss.; R. TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000, p. 147 ss.; G. BATTISTI, *Note in tema di manleva, divieto, rinuncia e "scarico" dell'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c.*, in *Foro pad.*, 2002, I, p. 95; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, trattato diretto da F. GALGANO, Torino, 2002, p. 13; G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Milano, 2003, p. 151 ss.; F. GALGANO-R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 1, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXIX, Padova, 2006, p. 135; A. TENCATI, *Amministratori di società*, in *La colpa nella responsabilità civile*, IV, Torino, 2006, p. 429 s.

Prima di esaminare gli argomenti in cui si articola la tesi appena enunciata, sembra utile, però, soffermarsi ancora (nel tentativo, si è precisato, di anticipare alcuni spunti di riflessione) sul tema dei patti parasociali.

2. Efficacia obbligatoria dei patti parasociali, collegamento funzionale con il contratto di società e ricadute sull'attività sociale.

Per quanto ampia, la definizione generale di patto parasociale poc'anzi riportata s'incardina – è opportuno ribadirlo – *a)* sulla netta distinzione fra il contratto sociale e gli accordi con cui i soci dispongono dei loro diritti, nonché *b)* sul collegamento funzionale che, a dispetto di tale distinzione, s'instaura fra il patto e l'attività sociale.

Alla distinzione dal contratto sociale, di immediata percezione a livello teorico, corrisponde l'ulteriore distinzione (di carattere pratico e non altrettanto evidente) fra le previsioni che disciplinano i rapporti fra i soci in quanto membri della società e quelle che, invece, ineriscono alla sfera del parasociale. Ci si è chiesti, allora, se un accordo appartenga all'una o all'altra dimensione sulla base della forma (a seconda, cioè, che esso rivesta o no la forma propria dell'atto costitutivo e degli atti interni alla società) o del contenuto, ipotizzando, in tal caso, che una clausola inserita nel contratto sociale abbia natura parasociale. La dottrina si è preoccupata di individuare un criterio certo che eviti all'interprete il rischio di confondere i due piani, lasciando però che a volte nel dibattito prevalsero le valutazioni incentrate «più sul profilo “negativo” della qualificazione come “parasociale” di un atto che formalmente si presenti come clausola statutaria o delibera assembleare, che sul profilo “positivo” della qualificazione come “parasociale” di un atto che formalmente si presenti come un atto privato extrasociale»⁵³.

⁵³ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 466.

Non è ovviamente questa la sede per dare conto in maniera esaustiva di tutte le opinioni espresse sull'argomento⁵⁴. Tuttavia, per meglio chiarire i termini del problema, si può ricordare che un primo criterio distintivo è, per l'appunto, quello formale⁵⁵ (almeno per i patti «solo apparentemente parasociali, ma in realtà integrativi o modificativi dell'atto costitutivo»⁵⁶), sicché dovrebbero essere qualificati come parasociali tutti quegli accordi che, a prescindere dal contenuto, non rispettino le formalità cui è soggetto il contratto sociale (ossia la stipulazione nella forma dell'atto pubblico e l'iscrizione nel registro delle imprese) così come le delibere assembleari che vi apportino modifiche o integrazioni; in estrema sintesi, sarebbe «parasociale il patto non incorporato nel contratto sociale»⁵⁷. Secondo un diverso criterio di distinzione, invece, si enterebbe nella dimensione del sociale ogniqualvolta il patto si connota per «la sua impersonale afferenza alla partecipazione sociale», ossia ogniqualvolta la regola sia destinata «al socio come tale, indipendentemente dalla sua identità»; il parasociale, all'opposto, ingloba qualsiasi accordo o clausola che afferisca alla persona del "parasocio" e rispetto al quale la partecipazione sociale degradi «a meno presupposto del patto avente ad oggetto la regolamentazione di una situazione giuridica derivante dal contratto di società»⁵⁸. In altre parole, «dal patto sociale risultano vincolati tutti i soci attuali e futuri della società ovvero – sempre impersonalmente – tutti soci attuali e futuri appartenenti ad una determinata categoria»⁵⁹; pertanto, avrà natura parasociale una clausola statutaria che si

⁵⁴ Per una panoramica cfr. le varie tesi ricostruite da G. A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, cit., p. 603 ss.

⁵⁵ Ritengono sia l'unico criterio valido R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, cit., p. 200; L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., p. 144 ss. e 175 ss.; G. OPPO, *Le convenzioni parasociali fra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, cit., p. 653; C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XVI, Torino, 1985, p. 233.

⁵⁶ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 472.

⁵⁷ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 780.

⁵⁸ Le citazioni sono tratte da G. A. RESCIO, *op. ult. cit.*, p. 640.

⁵⁹ Cfr. di nuovo G. A. RESCIO, *op. loc. ult. cit.*

riferisca solo a soci determinati (sia dal lato attivo che da quello passivo del vincolo), perché volta a regolare rapporti interpersonali⁶⁰.

Diversi motivi potrebbero però indurre le parti a perseguire il medesimo scopo ricorrendo a un patto parasociale anzi che a una clausola statutaria. Benché variegati, questi motivi possono essere compendati nell'esigenza di evitare i vincoli propri del contratto sociale (restrizioni, divieti e, nei limiti in cui è consentito, pubblicità⁶¹) e di circoscrivere gli effetti del patto a una cerchia di soggetti ben determinati (cioè i soci che vi aderiscono), con la possibilità di estenderli, come si è visto, a terzi estranei alla società che, in quanto tali, non sono vincolati dalle previsioni contenute nell'atto costitutivo⁶².

La distinzione dal contratto sociale si traduce, infatti, secondo un principio ormai consolidato⁶³, nell'efficacia esclusivamente *inter partes* (od "obbligatoria", usano una terminologia «tecnicamente sfocata»⁶⁴) dei patti parasociali: essi, in conformità all'art. 1372 c.c., vincolano solo i soci (ed eventualmente i terzi) che li stipulano; il contratto sociale, invece, ha efficacia "reale" perché vincola tutti i soci, attuali e futuri⁶⁵. Ciò significa che dalla violazione di un patto parasociale non può mai derivare l'invalidità di un atto di un organo della società⁶⁶.

Quale ulteriore precisazione, si può aggiungere che, nel momento in cui ci si riferisce al rilievo "reale" delle regole posta dal contratto di società, si in-

⁶⁰ A. BADINI CONFALONIERI, *op. loc. ult. cit.*

⁶¹ Ma si v. *infra*, § 5.

⁶² A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 781.

⁶³ Enunciato per la prima volta da G. OPPO, *Contratti parasociali, cit.*, p. 65.

⁶⁴ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 482, ma sul punto v. già R. COSTI, *I patti parasociali, cit.*, p. 132.

⁶⁵ Sulla contrapposizione fra rilevanza reale e rilevanza obbligatoria dei patti parasociali cfr. le diverse opinioni formulate da G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 63 ss. e 103 ss.; ID., *Le convenzioni parasociali fra diritto delle obbligazioni e diritto delle società, cit.*, p. 650 s.; C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni, cit.*, p. 232; G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, p. 25; L. FARENGA, *op. ult. cit.*, p. 135 ss.; ID., *Spunti ricostruttivi in tema di prelazione convenzionale societaria* (nota ad App. Milano, 7 febbraio 1989), in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, p. 269 ss.; N. SALANITRO, *Il regime dei sindacati azionari*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 743 ss.

⁶⁶ Si v. al riguardo Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, *cit.*; App. Milano, 11 agosto 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1906, con nota di F. MAINETTI; Trib. Varese, 1° marzo 1999, in *Società*, 1999, p. 864, con nota di L. SALVATI, *Impugnazione di delibera di s.p.a. e violazione del sindacato di voto*; Trib. Roma, 20 dicembre 1996, in *Giur. comm.*, 1997, II, 119, con nota di M. SONNINO, *Una richiesta di esecuzione specifica di accordi parasociali*.

tende evidenziare che «gli atti compiuti in violazione della regola sociale spesso incontrano la sanzione dell'invalidità e/o dell'inefficacia, mentre quelli che violano la regola parasociale restano perfettamente validi ed efficaci e danno luogo soltanto ad un inadempimento, fonte di responsabilità contrattuale (art. 1218 ss. c.c.) e motivo di invocabilità degli altri rimedi previsti dal diritto delle obbligazioni e dei contratti (eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto, ecc.)»⁶⁷. E infine, «per rilievo o rilevanza reale della regola sociale, diversamente da quella parasociale, si intende denotare l'opponibilità della stessa ai terzi che entrano in contatto con la società: nel senso che la violazione della regola sociale può comportare delle conseguenze pregiudizievoli anche per costoro, i quali non possono addurre la loro posizione di terzi rispetto al patto sociale per eludere tali conseguenze; ciò, conformemente ai principi generali, invece non può mai accadere con i patti parasociali»⁶⁸.

Insomma, i patti parasociali operano «su un terreno esterno a quello della organizzazione sociale»⁶⁹. Ne consegue, nel momento in cui ci si riferisce ai sindacati di voto, che «[i]l vincolo parasociale [...] non può incidere sui poteri e sulle funzioni dell'organo assembleare» e che «il socio, seppur tenuto a votare in un modo predeterminato in adempimento all'obbligo assunto, sarebbe pur sempre libero di intervenire in assemblea, votando anche diversamente da quanto deciso dai soci sindacati»⁷⁰.

A questo punto, ai fini che qui interessano, è più che mai necessario un chiarimento: è vero che i patti parasociali non sono direttamente soggetti, in linea di principio, alla disciplina societaria⁷¹; sebbene a volte possano crearsi spazi di intersezione fra un piano e l'altro⁷², la distanza che separa il sociale dal pa-

⁶⁷ G. A. RESCIO, *op. ult. cit.*, p. 643.

⁶⁸ G. A. RESCIO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁹ Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, *cit.*

⁷⁰ P. FIORIO, *sub art. 2341-bis-2341-ter, cit.*, p. 134.

⁷¹ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 476; A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 780 e 855.

⁷² Com'è noto, un controverso provvedimento del Tribunale di Genova, con cui era stato ordinato in via d'urgenza ad un socio di una s.r.l. di votare secondo quanto stabilito in sede parasociale, sembrava aver minato l'orientamento che predica l'efficacia meramente obbligatoria dei

patti parasociali, ai quali, nella ricostruzione dei commentatori, sarebbe stata così attribuita efficacia "reale", determinando la caduta della distinzione fra sociale e parasociale: cfr. Trib. Genova, 8 luglio 2004, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, II, p. 236, con nota di E. MACRÌ, *L'efficacia dei patti parasociali*; in *Contratti*, 2005, p. 336, con nota di E. CERVIO, *op. cit.*; in *Società*, 2004, p. 1265, con nota di G. SEMINO, *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale?*; in *Vita not.*, 2004, II, p. 1427, con nota di C. FONTANA, *Brevi note in tema di "efficacia" dei patti parasociali dopo la riforma*. La questione è sfociata in un dibattito di grande rilievo pratico (tuttora in corso) sull'esecuzione coattiva degli impegni parasociali (presupponendo, ovviamente, che questi possano essere considerati impegni contrattuali a tutti gli effetti). La tesi più restrittiva si articola nei seguenti punti: tenuto conto che «l'eventuale violazione di un patto parasociale non può costituire ragione di invalidità di un atto di un organo della società, né di un atto di alienazione di azioni» (M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 483), che «l'annullamento di atti deliberativi è ammesso solo in caso di "non conformità alla legge e allo statuto" (artt. 2377, 2388 c.c.) e che tutto il sistema è orientato nel senso della tassatività delle cause di invalidità delle deliberazioni di organi societari» (M. LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*), l'obbligo parasociale non potrebbe essere oggetto di tutela processuale, né mediante esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., perché questa «richiederebbe una decisione giudiziaria costitutiva, ex art. 2932 c.c., atta a sostituire un determinato atto societario (esercizio del diritto di voto, delibera dell'organo amministrativo, ecc.)» (M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 484), né in via cautelare, perché si tratta di un «obbligo che, se violato, non darebbe luogo ad alcun rimedio invalidativo» (M. LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*, ma in dottrina cfr. anche P. FIORIO, *I patti parasociali*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, p. 70 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, *cit.*, in via incidentale; Trib. Napoli, 18 febbraio 1997, in *Società*, 1997, p. 935, con nota di F. PERNAZZA, *Patti parasociali ed azione di adempimento in forma specifica*; Trib. Roma, 20 dicembre 1996, *cit.*; Trib. Torino, 10 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 816, con nota di M. ROSBOCH). Le obiezioni sono altrettanto pregnanti. In primo luogo, fermo che il risarcimento del danno, magari assistito dalla previsione di penali o altri meccanismi rafforzativi, resta il rimedio principale contro l'inadempimento di un obbligo parasociale, che l'attuazione coattiva di un patto parasociale sarebbe ammissibile purché non incida sull'attività sociale, e che la violazione del patto è inopponibile alla società, ai soci estranei e ai terzi, si è fatto notare che «oggetto della tutela processuale (esecuzione in forma specifica o provvedimento cautelare) sarebbe solo un'attività del socio, aderente al patto parasociale e ad esso inadempiente, non invece un atto della società vero e proprio»: il provvedimento giudiziale che avesse ad oggetto l'impegno di voto, ad esempio «riguarderebbe solo questo, e quindi il socio vincolato in via parasociale, e non direttamente la delibera sociale, che resta valida a prescindere dall'inadempimento al patto parasociale» (A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 787). Non è unanime il consenso sui rimedi concretamente esperibili. L'esecuzione in forma specifica, nell'opinione di una parte della dottrina, potrebbe interessare anche manifestazioni di volontà negoziale diverse dal contratto (ivi comprese quelle unilaterali), poiché essa «concede tutela al creditore ogni qualvolta il debitore si sia impegnato ad effettuare una manifestazione di volontà»; ciò nondimeno, gli effetti voluti si produrrebbero con il provvedimento giudiziale solo a condizione che sussista «la predeterminazione (o il carattere predeterminabile) del contenuto volitivo» (cfr. E. MACRÌ, *op. cit.*, p. 250). L'espressione del voto con una sentenza ex art. 2932 c.c. suscita, tuttavia, qualche dubbio dovuto alla constatazione che, a parte la necessità di una valutazione caso per caso, difficilmente si potrebbe arrivare a un provvedimento prima che l'assemblea venga celebrata (A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 788). Il ricorso a un provvedimento cautelare risulterebbe, al contrario, un'opzione meno problematica, anche nell'ipotesi in cui si propendesse per la qualificazione dell'impegno parasociale come prestazione infungibile: dato che un provvedimento di condanna non prelude inevitabilmente a un procedimento esecuzione forzata, l'obbligo parasociale potrebbe essere oggetto anche di un ordine emesso dal giudice in via cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c. (provvedimento, questo, che potrebbe indurre un adempimento spontaneo o attivare altri rimedi sanzionatori e risarcitori come la penale che

rasociale (di pari passo con l'efficacia obbligatoria dei patti parasociali) deve essere mantenuta e preservata come ineludibile caposaldo concettuale. È altrettanto vero, però, che, in alcuni casi (e i patti sull'azione sociale di responsabilità *ex art. 2393 c.c.* sembrano essere fra questi) non si può fare a meno di constatare che l'adempimento degli obblighi negoziati in sede parasociale, per gli obiettivi che le parti si prefiggono e gli interessi in gioco nella loro realizzazione, ha delle innegabili ricadute sull'attività sociale (perché, del resto, è nel sociale che il patto trova esecuzione). Dovrebbe allora forse accogliersi il suggerimento a verificare se la distinzione fra sociale e parasociale «finisca per non considerare situazioni su cui il patto opera su un terreno che non è esterno all'organizzazione sociale, ma anzi la condiziona»⁷³.

Il diritto societario vigente, peraltro, offre diversi esempi dai quali può evincersi che la distinzione fra sociale e parasociale è soggetta a una sorta di (provvisorio) cedimento: uno è l'art. 2341-*ter*, comma 2, c.c., ai sensi del quale, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, sono impugnabili ai sensi dell'art. 2377 c.c. le deliberazioni assunte con il voto determinante dei possessori delle azioni sindacate, qualora per il patto parasociale che riguarda queste azioni non siano stati ottemperati gli obblighi pubblicitari di cui

lo stesso giudice può comminare *ex art. 614-bis c.p.c.*): cfr. al riguardo A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 789; A. POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia, efficacia e coercibilità dei patti parasociali di voto* (nota a Trib. Belluno, 23 gennaio 2010), in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1515, ove ulteriori riferimenti. Ma la prestazione è infungibile, e come tale insuscettibile di esecuzione forzata, quando dipende dalle qualità personali del debitore e dalla sua cooperazione. L'obbligo di voto non sembra presentare questi requisiti e, dunque, in quanto prestazione fungibile, non vi sarebbe alcun ostacolo a richiederne l'esecuzione ai sensi dell'art. 612 c.p.c. (chiedendo, cioè, al giudice di conferire a un ausiliario la legittimazione ad intervenire in assemblea), purché «la direzione del voto sia determinata ovvero sia determinabile sulla scorta del patto parasociale medesimo e che vi siano le condizioni per rispettare tutti i dettami del procedimento assembleare» (A. POMELLI, *op. cit.*, p. 1518; concorde A. BADINI CONFALONIERI, *op. loc. ult. cit.*).

⁷³ G. LOMBARDI, *I patti parasociali nelle società non quotate e la riforma del diritto societario*, cit., p. 273. A questo proposito sembra opportuno rinviare alle recenti riflessioni di R. COSTI, *Sociale e parasociale: una distinzione problematica?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (Numero speciale: "I patti parasociali"), 2014, p. 15 ss., e G.B. PORTALE, *Patti parasociali con "efficacia corporativa" nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1 ss.

allo stesso art. 2341-ter, comma 1, c.c.⁷⁴; un altro è rappresentato dalle modifiche introdotte con la l. 28 gennaio 2009, n. 2, con cui il legislatore ha rimesso all'autonomia statutaria la facoltà di rendere inefficaci, applicando gli artt. 104 e 104-bis del T.U.F., i patti parasociali che limitano il diritto di voto in occasione dell'approvazione delle deliberazioni antiscalata⁷⁵.

Alla radice vi è, dunque, una questione cruciale che consiste nel valutare in concreto se i vincoli parasociali si fermino sempre «alle porte della società»⁷⁶ o se, al contrario, l'efficacia obbligatoria «può atteggiarsi diversamente a seconda del patto preso in considerazione»⁷⁷, poiché il legislatore della riforma non ha indicato un criterio utile a stabilire se i patti parasociali possano avere ancora oggi solo efficacia obbligatoria interna⁷⁸. Se così fosse, si potrebbe a buon diritto dubitare, da un lato, che il collegamento funzionale tra il contratto di società e il patto parasociale si riduca ad un rapporto di mera accessorietà, per di più in senso unilaterale⁷⁹ (sicché, mentre le vicende del primo influiscono sul secondo, quelle del secondo non influiscono sul primo); dall'altro lato, che il patto parasociale, a dispetto del già citato collegamento, si configuri come un negozio davvero autonomo⁸⁰.

Un suggerimento utile potrebbe essere quello di verificare in prima battuta la struttura contrattuale dei singoli patti⁸¹. Da questo punto di vista si è già avuto modo di isolare qualche dato: i patti collaterali all'acquisto di una partecipazione (in qualunque forma stipulati) che prevedono la rinuncia all'azione

⁷⁴ Rileva P. FIORIO, *op. ult. cit.*, p. 160 che l'efficacia dissuasiva di questa norma è piuttosto dubbia «in quanto il termine per impugnare decorre dalla data della deliberazione o eventualmente dal deposito o dall'iscrizione nel registro delle imprese, e non dall'eventuale scoperta del patto parasociale tenuto segreto»⁷⁴. Sull'importanza dell'art. 2341-ter c.c. in relazione alla distinzione fra sociale e parasociale cfr. anche i rilievi di R. RORDORF, *op. cit.*, p. 19 e G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, p. 276.

⁷⁵ Come sottolinea P. FIORIO, *I patti parasociali, cit.*, p. 93.

⁷⁶ P. FIORIO, *sub art. 2341-bis-2341-ter, cit.*, p. 160.

⁷⁷ L. FARENGA, *Patti parasociali, cit.*, p. 14.

⁷⁸ Così M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 475.

⁷⁹ Cfr. A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 789, che parla, per l'appunto, di «dipendenza unilaterale».

⁸⁰ L. FARENGA, *op. cit.*, p. 14.

⁸¹ L. FARENGA, *op. loc. ult. cit.*

sociale di responsabilità o l'obbligo di manlevare gli amministratori della società *target* da eventuali oneri risarcitori per danni da *mala gestio* sono accordi con cui i cessionari della partecipazione (cioè i futuri soci) assumono, nei confronti di soggetti terzi, un obbligo rispetto ad un profilo ben preciso (l'operato degli amministratori e la relativa responsabilità) che tocca non solo gli interessi delle parti coinvolte (gli acquirenti della partecipazione e gli stessi amministratori) ma anche quelli degli altri soci, dei creditori della società, ecc. L'esecuzione di un patto così strutturato potrebbe avere ripercussioni significative sia sul funzionamento degli organi della società sia sull'attività sociale nel suo complesso.

In quest'ordine di idee, i patti parasociali con cui i soci paciscenti dispongono del loro diritto di voto (fra i quali potrebbero essere annoverati i patti di rinuncia all'azione sociale di responsabilità), per l'attitudine a riprodurre «il tipico meccanismo assembleare proprio dei contratti associativi» (giacché essi verrebbero a costituire «una fase procedimentale propedeutica al meccanismo decisionale societario, a questo assolutamente analogo»), sono stati assimilati «ad una tipica figura negoziale a struttura associativa»⁸². Se un simile assunto può apparire criticabile, più persuasive sembrano essere le sue premesse, per cui «[l']obbligo scaturente dal sindacato di voto non resta autonomo dalla posizione di socio, ma va ad inserirsi direttamente nel meccanismo organizzativo societario»⁸³; condividere queste premesse significherebbe, forse, mettere in discussione la tesi che postula l'assoluta autonomia dei patti parasociali dal contratto di società, ma non per questo si arriverebbe ad affermare che il sindacato di voto assume efficacia reale e non meramente obbligatoria⁸⁴. Si potrebbe, al contrario, sostenere che «[n]ei sindacati di voto [...] la rilevata intima connessione tra un procedimento "parasociale" e procedimento sociale fa pensare agli stessi come a patti "modificativi" del contratto di società; modificazione che o-

⁸² L. FARENGA, *op. loc. ult. cit.*

⁸³ Cfr. L. FARENGA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁴ L. FARENGA, *op. loc. ult. cit.*

pera solo sul piano obbligatorio e limitato ai soci paciscenti, ma non di meno tale da escludere una autonomia negoziale dal contratto di società»⁸⁵.

Insomma, sarebbe forse più opportuno ammettere non solo che «con il parasociale si sostituisce una ragnatela di accordi all'organizzazione interna societaria, o la si affianca, o la si sovverte ridimensionando la stessa "sacra" funzione dei suoi organi»⁸⁶, ma anche che la distinzione fra sociale e parasociale non deve essere enfatizzata, «rendendosi conto che la ragione, unica, che spinge il legislatore a prendere in considerazione i patti parasociali è costituita dalla profonda incidenza che alcuni di essi hanno sulla vita della società e quindi sul "sociale"»⁸⁷. Se si può convenire su questi presupposti, non dovrebbe sorprendere che i soci possano adottare strumenti diretti a rendere impossibile o, quantomeno, a scoraggiare l'inadempimento agli obblighi previsti dai patti parasociali (quali, ad esempio, clausole penali, magari abbinate ad opzioni *call* o *put*, il deposito e l'intestazione fiduciaria delle azioni ovvero, nei sindacati di voto, il rilascio di procure irrevocabili e la girata per procura delle azioni) perché anche gli accordi così strutturati (come i sindacati di voto detti, un po' impropriamente, "ad efficacia reale"), «in quanto tali, non urtano con alcun principio o norma indisponibile», documentando «un'ipotesi in cui la distinzione fra sociale e parasociale perde molta della sua importanza dal momento che si attribuisce efficacia sociale ad un comportamento parasociale»⁸⁸.

Né dovrebbe stupire, di riflesso, che la dottrina abbia valorizzato la possibilità (cui si è già accennato) per l'azionista di non adempiere alle obbligazioni assunte e, con riguardo ai sindacati "ad efficacia reale", di non rispettare in assemblea le indicazioni impartite in seno al sindacato, votando in modo difforme ed eventualmente indennizzando gli altri paciscenti per il suo inadempimento.

⁸⁵ L. FARENGA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁶ P. FIORIO, *op. loc. ult. cit.*; per una valutazione di segno analogo cfr. anche, dello stesso Autore, *I patti parasociali, cit.*, p. 68.

⁸⁷ R. COSTI, *I patti parasociali, cit.*, p. 115.

⁸⁸ R. COSTI, *op. ult. cit.*, p. 132.

Pare eccessivo obiettare che, così ragionando, la liceità del patto si affermerebbe «in proporzione alla sua ineffettività»⁸⁹.

Non bisogna dimenticare, infatti, che l'ammissibilità dei patti parasociali si è imposta (prima e dopo la riforma) «proprio perché l'obbligo di conformarsi alle decisioni della maggioranza degli aderenti rimane estraneo al piano sociale, non impedendo al singolo socio di votare in difformità da quanto deciso in sede sindacale»⁹⁰. E questo risultato, benché in apparenza quasi paradossale, può essere giustificato se si pone mente al fatto che, «per assicurare l'efficiente gestione della società, il socio deve poter rimanere libero di valutare se votare in conformità con l'orientamento del sindacato non incorrendo in responsabilità per la violazione degli accordi parasociali o se, invece, votare in contrasto con tali accordi, rispondendo dei danni conseguenti all'inadempimento»⁹¹: quella di violare il patto può essere l'unica possibilità rimasta al socio nell'ipotesi (tutt'altro che improbabile) in cui «il potenziale pregiudizio alle potenzialità reddituali della società, derivante dal rispetto degli accordi parasociali, sia superiore a quello conseguente all'obbligo risarcitorio nei confronti dei soci aderenti al sindacato», e questa scelta sia dettata, se non da «ragioni individuali di tutela della posizione del singolo socio», da «ragioni oggettive connesse al perseguimento dell'interesse sociale»⁹². L'efficacia "obbligatoria" dell'accordo fra i soci, con la

⁸⁹ B. LIBONATI, *Sindacato di voto e gestione d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991 I, p. 109 (da qui le successive citazioni in nota) e in *Aa. Vv.*, *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, p. 603. Altrettanto netta è la critica di R. COSTI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui la validità di una convenzione sarebbe così «subordinata al fatto che le obbligazioni dalla stessa previste possano non essere adempiute». Esprime qualche perplessità in merito anche G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, p. 273, il quale si domanda «perché il legislatore avrebbe imposto un obbligo di pubblicità o di dichiarazione dei patti, sanzionandone la violazione con la nullità e/o l'inefficacia (cfr. nuovo art. 2341-ter c.c.), se il socio stipulante avrebbe poi facoltà di liberamente determinarsi in assemblea anche in termini difformi rispetto alle previsioni contenute nel patto».

⁹⁰ P. FIORIO, *op. ult. cit.*, p. 71.

⁹¹ P. FIORIO, *sub art. 2341-bis-2341-ter, cit.*, p. 138, il quale sul punto richiama Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, *cit.*, ove si legge che «nessuno potrebbe impedire a quel socio di optare per il non rispetto del patto di sindacato ogni qual volta, a suo personale giudizio, l'interesse ad un certo esito della votazione assembleare prevalga sul rischio di dover rispondere dell'inadempimento verso gli altri partecipanti al patto di sindacato». Tale orientamento, com'è noto, è stato poi ribadito da Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, *cit.*

⁹² P. FIORIO, *op. ult. cit.*, p. 138 s.

relativa possibilità di non adempiervi⁹³, è, quindi, oltre che un effetto della distinzione del sociale dal parasociale, il requisito (indispensabile) che impedisce al parasociale di non incidere «sui profili tipologici essenziali e sugli altri aspetti inderogabili che compongono la struttura tipica minima delle società azionarie, tra i quali va certamente ricompreso il libero esercizio del diritto di voto da parte del suo titolare»⁹⁴.

I concetti di autonomia e collegamento potrebbero così essere rimeditati, senza che ciò diminuisca il loro rilievo, come «strumento interpretativo idoneo a valutare l'incidenza che le vicende del contratto di società esercitano sul contratto parasociale»⁹⁵ e viceversa⁹⁶, «di guisa che il collegamento da instaurare fra i due piani ed accordi sia un collegamento reciproco»⁹⁷. Anticipando qui, per

⁹³ Nell'opinione di G.A. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, I, Torino, 2006, p. 48 ss., riconoscere efficacia reale alla maggior parte dei patti parasociali significherebbe «decretarne il contrasto insanabile con l'ordinamento, provocandone la nullità/inefficacia: con l'esito di poterne riconoscere l'ammissibilità come fonti di obblighi il cui inadempimento sia inidoneo a causare vizi o difetti di efficacia di atti successivi, obblighi, per giunta di regola insuscettibili di esecuzione in forma specifica». Ma sui sindacati di voto "ad efficacia reale" non manifesta lo stesso scetticismo R. RORDORF, *op. cit.*, p. 20, secondo cui, «una volta ammessa – come non si può non ammettere – la validità dei patti parasociali aventi tale oggetto, è arduo negare legittimità a mezzi (in sé leciti) di migliore e più sicura attuazione del contenuto di quei patti». Ugualmente favorevole è R. COSTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁴ P. FIORIO, *I patti parasociali*, *cit.*, p. 71.

⁹⁵ L. FARENGA, *op. loc. ult. cit.* Per ulteriori raffronti ID., *I contratti parasociali*, *cit.*, p. 258 s., oltre a G. SANTONI, *op. cit.*, p. 86. Sembra condividere questo punto di vista anche M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 485, almeno nel momento in cui afferma che, «anche in mancanza di previsioni espresse del patto, le vicende della società possono influire sugli effetti e sull'esecuzione del patto, determinandone, di volta in volta, la risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità, ovvero l'obbligo di rinegoziazione, fondato sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto».

⁹⁶ Già Giorgio Oppo aveva rilevato che l'affermazione dell'accessorietà non fosse esauriente, in quanto «[e]ssa significa che il principale non segue di per sé l'accessorio, ma non ancora che l'accessorio non eserciti di necessità alcuna influenza sul principale: può anzi legittimamente ipotizzarsi il contrario, giacché fra l'accessorio ed il principale vi è una connessione economica tale, che è logico ritenere che le parti l'abbiano tenuta presente nella conclusione dello stesso contratto principale» (G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 75) e «l'indagine della volontà delle parti potrà concludere al riconoscimento di un'influenza dell'accessorio sul principale, e quindi a dichiarare che non solo *accessorium sequitur principale*, ma che eventualmente *principale sequitur accessorium*.» (G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 79). Su questi profili cfr., recentemente, G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 74.

⁹⁷ G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, p. 277.

approfondire il tema in seguito⁹⁸, che nei patti che prevedono la rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, ove stipulati nel corso di un'acquisizione societaria, sembra esservi un collegamento non solo fra patto parasociale e contratto di società, ma anche fra patto parasociale, contratto di acquisizione e delibera sulla rinuncia all'azione sociale di responsabilità.

3. *Autonomia privata e norme imperative inderogabili.*

Com'è stato già evidenziato, il legislatore della riforma, nel legittimare in linea di principio la stipulazione di patti parasociali, non si è pronunciato circa i limiti della loro validità. E ciò nonostante il problema fosse stato per così lungo tempo al centro degli interessi della giurisprudenza e della letteratura scientifica.

La figura più controversa era, naturalmente, quella dei sindacati di voto. Ad ostacolarne il riconoscimento, ispirando diverse sentenze della Suprema Corte, fu il timore che questi accordi fossero soltanto un espediente per eludere l'applicazione di norme imperative volte a regolare l'attività sociale, svuotando completamente delle sue funzioni l'assemblea ed esautorandola di fatto dalle scelte operate in altra sede dai soci sindacati. Il che avrebbe alterato «il delicato equilibrio tra potere, rischio e responsabilità che giustifica il principio maggioritario nell'adozione delle decisioni assembleari»⁹⁹. Di questa logica, improntata ad un «forte istituzionalismo» che permeava la convinzione secondo cui niente dovesse intaccare «l'ideale "purezza" del rapporto fra individuo e istituzione»¹⁰⁰, sembrano tuttora impregnate quelle decisioni che hanno affrontato il tema della rinuncia all'azione sociale di responsabilità contenuta in un patto pa-

⁹⁸ Si v. *infra*, cap. II, sez. II, § 2 e cap IV, § 2.

⁹⁹ R. RORDORF, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁰ Si adotta qui la terminologia utilizzata da M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 475.

rasociale. Sembra, cioè, ritornare (e nel corso della trattazione si cercherà di spiegare perché) «il vecchio argomento per cui il funzionamento delle regole formali dell'organizzazione societaria non dovrebbe essere in alcun modo alterato da accordi preparatori fra privati, e più in generale dal funzionamento di organizzazioni parallele a quella "ufficiale"»¹⁰¹.

È noto come il contrasto tra "pratica" e "teoria" sia «un *Leitmotiv* di tutte le trattazioni in tema di sindacati azionari»¹⁰². Ed è per ragioni di ordine pratico che sulla logica cui si accennava ha infine prevalso l'orientamento accolto dalla legislazione vigente (prima dal T.U.F. e poi dal codice civile): risultava, infatti, «stridente il contrasto tra un atteggiamento negativo di principio ed una prassi mondiale che vede i patti parasociali come strumenti normali di governo, non solo delle grandi imprese». Emerge, in buona sostanza, un diverso approccio a un fenomeno percepito non più come anomalia eversiva, bensì come strumento di composizione di interessi a volte non perfettamente omogenei (se non potenzialmente configgenti). Ma interessi che la legge consente di regolare per mezzo di un contratto, e che, quindi, hanno natura privata e sono, soprattutto, liberamente disponibili¹⁰³.

Coagulando questi interessi e veicolando processi decisionali paralleli a quelli degli organi sociali, la dimensione del parasociale non fa altro che rispondere al bisogno di creare nuove forme (anche spontanee) di partecipazione alla vita della società, producendo, tuttavia, effetti che possono essere benefici (favorire lo scambio di idee, proposte e informazioni, rafforzare strategie) come distorsivi (compromettendo garanzie e trasparenza di quegli stessi procedimenti che si vorrebbero rendere più spediti ed efficienti)¹⁰⁴. Onde scongiurare questo rischio, l'interprete è chiamato ad operare un controllo sulla causa dei singoli patti, distinguendo «gli atti con finalità lecite, trattandoli come valide espres-

¹⁰¹ M. LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰² P. G. JAEGER, *op. cit.*, p. 202.

¹⁰³ Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 476.

¹⁰⁴ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 478.

sioni di autonomia privata, dagli atti con finalità illecita, da sanzionare con la nullità ed eventualmente con altri rimedi»¹⁰⁵.

Per individuare delle regole certe sulla validità dei patti parasociali (questione ancora dibattuta), si deve partire da una considerazione basilare, ossia che i patti parasociali sono dei contratti e, dunque, secondo la disciplina generale, «sono validi se non si pongono in contrasto con divieti specifici, contenuti in norme direttamente applicabili al patto, oppure non sono usati come strumenti di frode a norme imperative (artt. 1344 e 1418 c.c.)»¹⁰⁶. È necessario, allora, specificare quali siano le norme e i principi che possono applicarsi direttamente o indirettamente (sotto il profilo della frode alla legge) ai patti per sancirne o meno l'invalidità. E siccome, nella prospettiva qui scelta, i patti parasociali interagiscono con il contratto di società, è nel diritto societario che risiedono questi principi e queste norme¹⁰⁷: «sostenere l'assoggettabilità dei patti parasociali alle norme generali sull'invalidità del contratto non significa asserire l'indifferenza di tali patti alla normativa societaria» ma, al contrario, l'elusione di norme di diritto societario inderogabili, in forza del meccanismo delle frode alla legge, può essere concepita solo se si accetta anche l'idea che il parasociale incide di fatto sul rapporto sociale¹⁰⁸.

In merito al ruolo delle norme imperative, va subito puntualizzato che la loro pretesa inderogabilità è stata ridimensionata proprio a partire dal riconoscimento legislativo dei sindacati di voto, fondato (come per tutti i patti parasociali) sulla distinzione fra il piano sociale e quello parasociale, nonché sulla loro efficacia, esclusivamente *inter partes*; caratteristiche, queste, incompatibili con un'applicazione diretta delle norme su cui si regge l'ordinamento sociale, giac-

¹⁰⁵ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 479.

¹⁰⁶ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 861.

¹⁰⁷ Cfr. A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 854.

¹⁰⁸ Così G. A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie "parasociali")*, *cit.*, p. 598, n. 5.

ché i patti parasociali hanno ad oggetto «impegni strettamente personali», che operano, quindi, «a lato» di tale ordinamento¹⁰⁹.

La disciplina del T.U.F. e quella introdotta con la riforma del 2003 denotano, infatti, la volontà del legislatore di lasciare che i soci e gli altri soggetti aderenti al patto definiscano i loro rapporti sulla base di regole e procedure che non troverebbero spazio nello statuto, e con effetti che potrebbero perfino configgere con il modello societario cui il patto afferisce (si pensi agli accordi che statuiscono la responsabilità illimitata dei soci di società di capitali). Questo spiegherebbe perché le norme di diritto societario non sono di per sé applicabili ai patti parasociali: se così fosse, verrebbe meno la funzione derogatoria di questi negozi.

Esiste, tuttavia, un limite all'autonomia privata: poiché il diritto societario disciplina modelli di organizzazione dell'impresa con regole che trascendono gli interessi dei singoli coinvolti¹¹⁰, la funzione derogatoria non può spingersi fino a eludere norme ritenute, per l'appunto, inderogabili perché «ricongiungibili a principi superiori e ad esigenze di tutela di terzi»¹¹¹ o di interessi collettivi. Se, dunque, si accede all'idea che fra patto parasociale e contratto di società (*recitius*, fra l'attuazione dell'uno e dell'altro) vi è un'interrelazione reciproca, non sembra si possa affermare che le norme sul funzionamento della società non sono direttamente applicabili ai patti parasociali e, allo stesso tempo, precisare che l'assunto vale «*indipendentemente* dalla loro natura inderogabile, dal loro scopo di tutela di interessi generali, o dal fatto che possano essere considerate come elementi identificativi del tipo sociale»¹¹². Né sembra risolutivo eccepire che, in caso contrario, «ben pochi patti sopravviverebbero alla scure della nullità»¹¹³.

¹⁰⁹ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 857.

¹¹⁰ C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, I, Torino, 2007, p. 11.

¹¹¹ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 856.

¹¹² Ancora A. BADINI CONFALONIERI, *op. loc. ult. cit.* (corsivo aggiunto). L'Autore si rifà su questo punto a G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G. B. PORTALE, IV, *cit.*, p. 80 e a G. OPPO, *Le convenzioni parasociali fra diritto delle obbligazioni e diritto delle società, cit.*, p. 528, secondo

Compito dell'interprete, per verificare se il patto è valido, è stabilire, in conformità alla disciplina generale sui contratti, se esso è in contrasto con una norma e se questa norma è imperativa o no.

Nel compiere tale operazione, si dovrà tenere conto in primo luogo che le norme di diritto societario hanno natura imperativa e inderogabile soltanto quando il legislatore le abbia espressamente qualificate come tali o quando, sulla base di una valutazione restrittiva, sia verosimile ritenere che esse sono dirette a garantire e a tutelare interessi pubblici¹¹⁴. In secondo luogo, analizzando il dettato dell'art. 1344 c.c., per configurare la frode alla legge non è sufficiente che il contratto, da un punto di vista oggettivo, produca effetti simili a quelli vietati dalla norma imperativa, ma occorre altresì, sotto il profilo soggettivo, che le parti, al momento di stipularlo, si siano accordate proprio con l'intento di eludere quella stessa norma. E un simile intento può essere desunto, anche in forza di elementi presuntivi, solo dalla mancanza di un interesse a concludere un qualsiasi accordo diverso da quello vietato¹¹⁵.

Un esempio può giovare.

Gli artt. 2341-*bis* c.c. e 123 T.U.F. prevedono per i patti parasociali un termine di durata massimo (rispettivamente di cinque anni nel caso delle società per azioni di diritto comune e di tre anni per quelle quotate, incluse le relative società controllanti), facendo la salva la possibilità di rinnovarli alla scadenza. La natura imperativa di entrambe le norme renderebbe «nulle tutte quelle

cui «l'esigenza di rispetto del tipo provoca dunque, di per sé, l'inefficacia della clausola sociale contrastante con il tipo, ma non provoca l'inefficacia del patto parasociale se non vi è una norma che lo condanni ad un diverso livello, cioè a livello del rispetto della causa sociale».

¹¹³ A. BADINI CONFALONIERI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁴ C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO-G. B. PORTALE, I, 1, Torino, 2004, p. 161; F. D'ALESSANDRO, "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario?, in *Riv. soc.*, 2003, I, p. 37. In senso conforme A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 862.

¹¹⁵ In dottrina cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2015, p. 386. Condivide questa tesi anche A. BADINI CONFALONIERI, *op. loc. ult. cit.* In giurisprudenza cfr. Cass., 26 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 177; Cass., 7 agosto 2004, n. 15308, in *Mass. Foro it.*, 2004; Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 1381; Cass., 11 maggio 1987, n. 4333, *ivi*, 1987; Cass., 9 dicembre 1971, n. 3568, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 967.

clausole che impongano un rinnovo obbligatorio dei patti per periodi complessivamente superiori [...], che prevedano penali in caso di mancato rinnovo o quelle che avessero l'effetto di eliminare in radice il diritto di recesso nel caso in cui il patto sia senza termine»¹¹⁶.

Ciò nonostante, le clausole di opzione *put* o *call* (vendita o acquisto), che ricolleghino alla cessazione del patto (per via del mancato rinnovo o del recesso) determinati obblighi o determinate conseguenze non sarebbero, secondo una parte della dottrina¹¹⁷, necessariamente volte a coartare la libertà degli aderenti di rinnovare il patto, ma potrebbero essere legittimamente utilizzate per ridefinire gli assetti proprietari e di governo¹¹⁸, in linea con la funzione che queste clausole rivestono nelle operazioni di investimento e di acquisizione; qualora tale funzione dovesse essere snaturata al punto da costringere le parti a non svincolarsi dal patto, dovrebbe applicarsi la sanzione della nullità. Ma le clausole non dovrebbero essere dichiarate nulle perché producono un effetto in sé vietato, ma in quanto e nella misura in cui risultino in concreto preordinate a violare il limite legale, ossia l'elusione del precetto normativo integri la sola causa dell'accordo. Pertanto, sarebbe auspicabile «che la redazione delle clausole in esame sia assistita da una conveniente espressione dell'assetto di interessi cui le parti mirano»¹¹⁹.

Quella appena illustrata sembra essere, dunque, l'accezione in cui decifrare il rapporto fra autonomia privata e norme imperative del diritto societario ogniqualvolta (come nell'ipotesi delle convenzioni per mezzo delle quali sia escluso o limitato l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori) si prefiguri la possibilità di dichiarare nullo un patto pa-

¹¹⁶ P. FIORIO, sub art. 2341-bis e 2341-ter, *cit.*, p. 150

¹¹⁷ M. PRATELLI, *Rinnovo di patti parasociali e opzioni put & call*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 940; A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 830 ss..

¹¹⁸ Finalità che sembra caratterizzare anche i patti di esonero dalla responsabilità in favore degli amministratori stipulati nel contesto di un'acquisizione societaria.

¹¹⁹ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 831. Sull'opportunità di dichiarare gli interessi sottesi a un accordo che potrebbe essere in contrasto con una o più norme imperative, onde evitare la sanzione delle nullità, si avrà modo di svolgere riflessioni più esaurienti trattando della rinunzia all'azione sociale di responsabilità: si v. *infra*, cap. II, sez. II, § 3.

rasociale ai sensi dell'art. 1418 c.c. (per illiceità dell'oggetto, della causa o del motivo comune) o dell'art. 1344 c.c. perché si ritiene che esso abbia un oggetto in aperto contrasto con una norma organizzativa inderogabile o miri ad eluderla..

Nel delineare i limiti alla validità dei patti parasociali, vi è, poi, un ulteriore aspetto di cui tenere conto, eventualmente sotto il profilo della meritevolezza degli interessi che costituiscono il sostrato dell'accordo: anche se improntati alla realizzazione dei fini "istituzionali" esplicitati dallo stesso art. 2341-bis c.c., ossia «stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società», i patti potrebbero violare il principio per cui, data la c.d. "funzione organizzativa" del capitale sociale, i diritti corporativi dei soci (*in primis* il diritto di voto) si misurano, affinché essi possano esercitarli nel modo più efficiente, sulla base della loro partecipazione al rischio d'impresa, cioè sulla base dei conferimenti effettuati. È opportuno, quindi, domandarsi se sia lecito il patto che finisca per alterare il rapporto di proporzionalità fra il rischio connesso alla partecipazione sociale (che si sostanzia nel rischio di non ottenere alcun utile o addirittura di perdere il conferimento) e i diritti del socio, attribuendo a questi o a un soggetto che neppure è titolare di tali diritti, non facendo parte della compagine sociale, il potere di esercitare sulla società un controllo non giustificato da un proporzionale apporto al capitale.

In merito si può evidenziare (come pure è stato già fatto¹²⁰) che la disciplina delle società per azioni consente di slegare la partecipazione nella società, con i connessi diritti corporativi, dal rischio del conferimento: basti pensare all'assegnazione di azioni non proporzionate (art. 2364, comma 4, c.c.), al riconoscimento delle azioni postergate (art. 2348, comma 2, c.c.), agli strumenti finanziari partecipativi e al disposto dell'art. 2351, comma 2, c.c., secondo cui lo statuto può prevedere l'emissione di azioni senza diritto di voto, con diritto di voto limitato a particolari argomenti e con diritto di voto subordinato al verifi-

¹²⁰ A. POMELLI, *Rischio d'impresa e potere di voto nella società per azioni: principio di proporzionalità e categorie azionarie*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 512 ss.

carsi di particolari condizioni non meramente potestative, purché il valore di tali azioni non superi complessivamente la metà del capitale sociale. Si è, anzi, giunti ad affermare che «la funzione organizzativa, in passato svolta dal capitale sociale, è per effetto della riforma esercitata direttamente dalle azioni»¹²¹. Se una simile conclusione può forse apparire azzardata, non si possono neanche trascurare alcune recentissime innovazioni legislative che inviterebbero a ripensare la stessa funzione organizzativa del capitale sociale, nonché il rapporto fra azioni e conferimenti e, soprattutto, fra azioni e diritto di voto: si allude, naturalmente, al d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), che, dettando la disciplina riversata nel nuovo art. 2463-bis c.c. (successivamente emendato dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 99), ha introdotto nel nostro ordinamento la figura della società a responsabilità limitata semplificata con capitale sociale pari ad almeno un euro¹²², e alle modifiche di cui al d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 116, che ha sancito (si leggano il nuovo quarto comma del già citato art. 2351 c.c. e gli artt. 125-*quinquies* e 125-*sexies* del

¹²¹ A. POMELLI, *op. ult. cit.*, p. 526 ss.

¹²² Per un quadro d'insieme v. A. BUSANI, *La nuova società a responsabilità semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10mila euro*, in *Società*, 2013, p. 1069 ss.; G. MARASÀ, *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Società*, 2013, p. 1086 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, II, p. 1085 ss.; L. BENATTI, *sub art. 2463-bis*, in A.L. SANTINI-L.SALVATORE-L. BENATTI-M.G. PAOLUCCI, *Società a responsabilità limitata (Artt. 2462-2483)*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2014, p. 192 ss.; G. FERRI JR., *La società a responsabilità limitata semplificata e la società a responsabilità limitata a capitale ridotto. Prime osservazioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Torino, 2014, p. 1727 ss.; E. MACRÌ, *La s.r.l. semplificata e la s.r.l. con capitale inferiore al minimo legale: le recenti novità normative*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, *cit.*, p. 1797 ss.; M. RESCIGNO, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, *cit.*, p. 1841 ss.; G.A. RESCIO, *Le s.r.l. con capitale ridotto (semplificate e non semplificate)*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, *cit.*, p. 1869 ss.; A. MAMBRIANI, *sub art. 2463-bis*, in *Codice della società a responsabilità limitata*, a cura di O. CAGNASSO-A. MAMBRIANI, Roma, 2015, p. 123 ss.; O. CAGNASSO, *Una nuovissima s.r.l.?*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, p. 1 ss.

T.U.F.) la possibilità di creare azioni con diritto di voto plurimo o con voto maggiorato¹²³.

In definitiva, i patti parasociali restano un valido strumento per disporre di interessi privati finché, come qualsiasi accordo frutto dell'autonomia negoziale, non incontrano il limite rappresentato dalle norme imperative del diritto societario. Ne consegue che, ove un simile patto abbia ad oggetto l'esonero e/o la manleva dalla responsabilità in favore degli amministratori, ad entrare in questione è ovviamente la natura imperativa delle norme di cui agli artt. 2392-2393 c.c..

Su questo argomento si ragionerà diffusamente nel capitolo successivo. Per esaurire (almeno in parte) il problema della validità dei patti parasociali in generale, si rende ora necessario dedicare qualche cenno ad un altro criterio utilizzato in passato per distinguere fra patti leciti ed illeciti, ossia il contrasto con l'interesse sociale.

4. L'esercizio del diritto di voto in contrasto con l'interesse sociale: riflessioni critiche.

¹²³ Sul tema si rinvia alle relazioni di Giuliana Scognamiglio, Carlo Angelici, Paolo Montalenti, Renzo Costi, Nicoletta Ciocca, Francesco Denozza, Giuseppe Guizzi, Francesco Vella, Mario Libertini, Niccolò Abriani e Vincenzo Calandra Bonauro al seminario (tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza" il 7 novembre 2014) *Voto maggiorato, voto plurimo e modifiche dell'OPA*, pubblicate in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 211 ss. Per ulteriori raggugli cfr. anche A. BUSANI-M. SAGLIOCCA, *Le azioni non si contano ma si "pesano": superato il principio "one share one vote" con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato*, in *Società*, 2014, 10, p. 1048 ss.; M. CIAN, *Capitale, proprietà, controlli: un nuovo "restyling" per le società di capitali (in margine alle modifiche al codice civile introdotte dal D.L. n. 91/2014., conv. con legge n. 116/2014)*, in *Studium Iuris*, 2014, 11, p. 1258 ss.; M. SAGLIOCCA, *Il definitivo tramonto del principio "un'azione un voto": tra azioni a voto multiplo e maggiorazione del voto*, in *Riv. not.*, 2014, p. 921 ss.; P. ABBADESSA, *Le azioni a voto plurimo: profili di disciplina*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano, 2015, p. 3 ss.; C. ANGELICI-M. LIBERTINI, *Un dialogo su voto plurimo e diritto di recesso*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 1 ss.; G. GUIZZI, *La maggiorazione del diritto di voto nelle società quotate: qualche riflessione sistematica*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 159 ss.; M. LAMANDINI, *Voto plurimo, tutela delle minoranze e offerte pubbliche di acquisto*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 491 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Il voto plurimo: i sistemi europei*, in *Riv. soc.*, 2015, 134 ss.

Chiamata a esprimersi sulla validità dei patti parasociali che prevedano la rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, la giurisprudenza ha spesso fatto riferimento all'interesse sociale, sostenendo che gli accordi fra i soci aventi un simile oggetto sarebbero nulli perché in conflitto con tale interesse. Almeno, questo è l'argomento che ricorre in buona parte delle sentenze da cui l'indagine ha preso avvio¹²⁴ e che può essere sintetizzato in poche battute estrapolate proprio da una di queste pronunce, con cui i giudici della Cassazione hanno affermato che, quantunque il voto sia «disponibile e vincolabile negozialmente, il detto potere dispositivo trova tuttavia un limite nel conflitto di interesse con la società. [...] Se quindi il socio non può esercitare il diritto di voto in conflitto con l'interesse sociale, a maggior ragione esso non può disporre, vincolandosi negozialmente ad esercitarlo (...)» in contrasto con l'interesse della società¹²⁵.

È un dato di fatto che, aderendo ad un patto parasociale, i soci intendono disporre dei diritti derivanti dalla loro partecipazione. Gli interessi che ispirano questi accordi possono discostarsi in modo più o meno pronunciato – com'è facile immaginare – da quelli degli altri soci. E non potrebbe essere diversamente, se non altro perché, come si è visto, i patti parasociali, nel formalizzare regole e procedure “altre” rispetto al contratto sociale, costituiscono degli strumenti di cui i soci ed eventuali soggetti terzi dispongono per coalizzarsi in vista di un obiettivo comune e, nel caso dei sindacati di voto, indirizzare l'attività sociale nel senso più favorevole alla realizzazione di questo obiettivo, purché lecito.

L'interesse sociale diventa, perciò, «il naturale punto di riferimento sotto il profilo funzionale»¹²⁶. A condizione, tuttavia, di non confonderlo con gli interessi individuali che fanno capo ai singoli soci: l'interesse sociale, infatti, corrisponde «all'interesse che fa capo alla società, cioè al gruppo dei soci, e quindi in

¹²⁴ Trib. Milano, 16 giugno 2014, *cit.*; Cass., 28 aprile 2010, n. 10215, *cit.*; Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, *cit.*

¹²⁵ Cass., 28 aprile 2010, n. 10215, *cit.*

¹²⁶ B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 105.

ultima analisi ad ogni socio in quanto membro del gruppo (interesse del socio *uti socius*); al contrario, l'interesse individuale (o interesse del socio *uti singulus* che dir si voglia) «non deriva al socio come riflesso della sua partecipazione al gruppo, ma gli appartiene direttamente e personalmente», sicché ad esso rimarrebbero estranei sia la società sia il gruppo dei soci. Ne consegue che, «mentre l'interesse del gruppo è anche l'interesse del membro, l'interesse (diretto e personale del membro) – quantunque comune a tutti i membri – non è mai interesse del gruppo» e che «la somma degli omogenei interessi individuali di tutti i soci non dà l'interesse sociale di gruppo»¹²⁷.

Accostare l'interesse sociale agli interessi individuali in un confronto dialettico, peraltro, è un'operazione interpretativa assai delicata, il cui esito, se può essere auspicabile in una prospettiva funzionale, non può e non deve risolversi nella funzionalizzazione del patto stesso: limitandosi al caso dei sindacati di voto, non si può, in altre parole, arrivare a sostenere che essi sarebbero validi solo in quanto diretti a perseguire l'interesse sociale¹²⁸.

Orientare la valutazione in questi termini significherebbe sovrastimare l'interesse della società (e, quindi, anche del socio *uti socius*), giacché «[i]l sindacato di voto è di per sé neutro rispetto all'interesse sociale»¹²⁹; se così non fosse, difficilmente il legislatore avrebbe potuto legittimare in linea di principio questa figura, senza specificare alcunché in merito. La relazione fra gli interessi dei soci sindacati e l'interesse sociale dovrebbe essere piuttosto letta «per così dire in negativo», ossia riconoscendo implicitamente che «le convenzioni di voto sono invalide quando sono costituite o utilizzate per la persecuzione di interessi

¹²⁷ Così G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie "parasociali")*, cit., p. 614 s., il quale, assumendo che nel contratto sociale possano essere inserite clausole che rispondono ad interessi esclusivamente individuali e che, allo stesso tempo, possa essere stipulato un patto parasociale «in cui è presente e giuridicamente rilevante un diretto interesse sociale», ritiene del tutto inutile una distinzione fra sociale e parasociale fondata «sulla natura dell'interesse sottostante».

¹²⁸ Si dimostrano critici verso questa impostazione B. LIBONATI, *op. loc. ult. cit.*; P.G. JAEGER, *op. cit.*, p. 219 e 248; B. VISENTINI, *I sindacati di voto: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 10; L. FARENAGA, *op. ult. cit.*, p. 341.

¹²⁹ B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 105, n. 27.

in contrasto con l'interesse sociale»¹³⁰, e, quindi, invertendo, in buona sostanza, l'ordine del ragionamento: come i patti parasociali sono validi finché non si traducono nella violazione di norme imperative, così ad un'ipotetica divergenza fra l'interesse della società e gli interessi dei soci riuniti in un sindacato di voto non corrisponderebbe l'illiceità di quest'ultimo, a meno che «con il sindacato (com'è improbabile) o con la decisione *ex* sindacato (com'è possibile) il fine perseguito sia incongruo all'interesse dell'impresa, comune proprio ai soci *uti socii*»¹³¹.

Come autorevole dottrina aveva avuto modo di osservare già prima della riforma del 2003, «la contrarietà all'interesse sociale non è questione di struttura, ma di contenuti (dell'accordo o della singola decisione)»: a porre il sindacato di voto o la decisione che ne discende in contrasto con l'interesse sociale non sarebbe «la maggiore o minore organizzazione intermedia, o la collegialità delle delibere di sindacato ecc.», e, quindi, poco importa che l'interesse della società venga individuato dopo aver coinvolto in un dibattito tutti i soci o solo alcuni di essi (altrimenti non si spiegherebbe la possibilità di deliberare senza che sia presente in assemblea l'intera compagine sociale); importa, invece, che «la scelta raggiunta nell'applicazione della procedura prescelta non contraddica, in punto di contenuto, il profilo funzionale prescritto (alla società e, per relazione necessaria, alla convenzione parasociale)»¹³².

Ciò nonostante, posto che le peculiarità dei sindacati di voto stanno nella loro intima connessione alla struttura societaria cui si riferiscono, nonché nel «carattere relazionale» della struttura parasociale rispetto alla struttura societaria, il rischio di un conflitto «genetico», determinato da un oggetto o da un motivo illecito comune alle parti, non può essere del tutto escluso¹³³. E un rischio del genere è tanto più concreto – inutile nasconderselo – in una convenzione ri-

¹³⁰ B. LIBONATI, *op. loc. ult. cit.*.

¹³¹ B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 106 s.

¹³² B. LIBONATI, *op. loc. ult. cit.*

¹³³ Come rileva, di nuovo, B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 107, n. 32.

guardante la rinuncia all'azione sociale di responsabilità, magari intervenuta fra uno o più amministratori preoccupati innanzi tutto di non rispondere del loro operato negligente, da un lato, e la maggioranza dei soci che ha contribuito a nominarli, dall'altro.

Che un sindacato di voto possa celare un conflitto di interessi così palese, è ipotesi tutt'altro che inverosimile. Ma anche in questo caso varrebbero alcune obiezioni difficilmente superabili che qui vale la pena riepilogare.

Un patto parasociale che abbia per oggetto l'esercizio del diritto di voto «si traduce in uno schema organizzativo (di per sé neutro) nel quale alcuni soci possano discutere sulle scelte da prendere in funzione dell'interesse sociale e tuttavia in un contesto di istanze e di convinzioni comuni»¹³⁴. Può essere, però, che questo meccanismo potenzialmente virtuoso venga distorto perché, ad esempio, la volontà della maggioranza confluita nell'accordo è in contrasto con l'interesse sociale¹³⁵.

Tuttavia, ciò non sarebbe sufficiente per ritenere invalido un sindacato di voto. Il diritto di voto è, infatti, «un diritto a contenuto economico»¹³⁶ che viene attribuito al socio affinché egli possa esercitarlo nel proprio interesse, rispetto al quale l'interesse sociale funge da limite esterno¹³⁷. Sicché, come si è già puntualizzato, non solo «non esiste un obbligo di esercitare il voto nell'interesse sociale»¹³⁸, ma non potrebbe neppure postularsi l'esistenza di uno speculare divieto di votare in conflitto con tale interesse: dal momento che, secondo il diritto societario vigente (art. 2373, comma 1, c.c.), è impugnabile la delibera adottata con il voto di uno o più soci portatori di interessi anche divergenti da quello sociale, ma solo in presenza di ulteriori presupposti (che il voto in conflitto sia risultato

¹³⁴ B. LIBONATI, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁵ B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 107.

¹³⁶ B. VISENTINI, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁷ Così P.G. JAEGER, *op. cit.*, p. 229; B. LIBONATI, *Riflessioni critiche sui sindacati di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 516, n. 15.

¹³⁸ Cfr. di nuovo B. VISENTINI, *op. cit.*, p. 9.

determinante e che la delibera possa arrecare un danno alla società)¹³⁹, sembra logico concludere che, in mancanza di un divieto sul piano sociale, «sono di per sé leciti gli impegni parasociali, indipendentemente dal fatto che possano portare all'esercizio del voto in conflitto»¹⁴⁰. In secondo luogo (sul tema si tornerà più avanti¹⁴¹), poiché l'esistenza di un conflitto d'interessi va verificata in concreto, un accordo sulla rinuncia all'azione sociale di responsabilità non potrebbe considerarsi viziato in via preventiva, al momento della conclusione; altrimenti non si spiegherebbe per quale motivo il legislatore abbia espressamente concesso ai soci di rinunciare all'azione mediante un'apposita delibera (assumendo, quindi, che la rinuncia non veicoli di per sé un conflitto di interessi)¹⁴².

Sarebbe, insomma, «molto difficile immaginare dei casi nei quali il riferimento all'interesse sociale possa rappresentare un elemento di discriminazione tra patti "buoni" e "cattivi"»¹⁴³.

Prima della riforma, peraltro, non era mancato qualche tentativo di estendere l'applicazione delle norme sul conflitto di interessi anche a ipotesi «in cui non sia ravvisabile una situazione oggettiva, preesistente all'assemblea, di contrasto tra l'interesse sociale e un interesse extrasociale alle persone dei soci»¹⁴⁴: la violazione dei principi di correttezza e buona fede nei rapporti fra i soci, l'abuso del diritto, l'eccesso di potere. Nel criticare con decisione questo orientamento¹⁴⁵, la dottrina sottolineò che «[c]onnotato comune a tutte queste costruzioni è l'affermazione dell'invalidità di deliberazioni assembleari assunte nella "neutralità" dell'interesse sociale, ma relativamente alle quali la maggioranza sia stata ispirata dal motivo di danneggiare gli interessi della minoranza. Tali situazioni possono presentarsi anche nelle decisioni di sindacati azionari;

¹³⁹ Per ulteriori riferimenti si v. B. PETRAZZINI, sub art. 2373, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 581.

¹⁴⁰ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 859.

¹⁴¹ Si v. *infra*, cap. II, sez. I, § 5.

¹⁴² A. BADINI CONFALONIERI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴³ P.G. JAEGER, *op. cit.*, p. 249.

¹⁴⁴ P.G. JAEGER, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁵ Cfr., per esempio, B. VISENTINI, *op. cit.*, p. 9; G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 656.

ma neppure esse costituiscono un criterio discriminatorio tra accordi ammissibili e inammissibili¹⁴⁶, dato che «soltanto l'esercizio del voto, quali ne siano le ragioni, può eventualmente incorrere nella violazione di quegli obblighi e di quei divieti»¹⁴⁷.

Stante, infine, la «sostanziale disomogeneità» degli interessi dei soci così come plasmata e disciplinata dal diritto societario riformato¹⁴⁸, la ricerca di un interesse «che possa fungere da parametro di validità di un accordo parasociale»¹⁴⁹ non porterebbe, probabilmente, ai risultati sperati.

5. Il regime pubblicitario dei patti parasociali. L'obbligo di disclosure degli accordi sulla responsabilità degli amministratori come espressione del principio di correttezza e buona fede.

Attenta dottrina ha osservato che «[l']evoluzione dell'opinione del legislatore verso l'attuale riconoscimento della validità dei patti parasociali è avvenuta con la contemporanea adozione di cautele idonee a consentirne la conoscenza agli altri soci e ai terzi interessati, che così potranno meglio regolarsi circa i comportamenti da tenere»¹⁵⁰. Col tempo si era, infatti, diffusa la convinzione che gli accordi parasociali ponessero qualche problema sul piano degli effetti che la loro esecuzione produrrebbe non già sul funzionamento della società ma dei mercati, a causa della loro caratteristica segretezza¹⁵¹. Di queste perplessità

¹⁴⁶ P.G. JAEGER, *op. cit.*, p. 250.

¹⁴⁷ Così B. VISENTINI, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁸ In questi termini C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, *cit.*, p. 21 ss., che menziona al riguardo le categorie delle azioni postergate e di quelle correlate (art. 2350 c.c.) e la disciplina sull'invalidità delle delibere, oltre a quella in materia di direzione e coordinamento di società (artt. 2497 ss. c.c.), la quale presuppone «una distinzione fra i soci che perseguono i propri interessi economici nella società ed altri, quelli di maggioranza, che soddisfano il proprio interesse al suo esterno, tramite cioè la gestione complessiva del gruppo».

¹⁴⁹ A. BADINI CONFALONIERI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁰ Così V. SALAFIA, *I patti parasociali nelle società non quotate*, *cit.*, p. 946.

¹⁵¹ Cfr. in particolare le valutazioni di G. ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1353, che manifesta un deciso scetticismo

erano bersaglio soprattutto i sindacati di voto in quanto accordi diretti a condizionare la formazione della volontà assembleare. Si fece così strada l'idea che, pubblicando questi accordi, sarebbe stato più facile mettere gli altri soci, o chi aveva intenzione di entrare nella compagine societaria, nella condizione di valutare «la convenienza a rimanere nella società o ad entrarvi e, in ogni caso, a preparare adeguate misure per confrontarsi con il gruppo dei soci riuniti nel sindacato»¹⁵².

Accogliendo questa tesi, il legislatore ha voluto dettare un'apposita disciplina per imporre la pubblicazione dei patti parasociali stipulati nell'ambito delle società aperte al mercato dei capitali.

Per la precisione, il codice civile detta, all'art. 2341-ter, alcune prescrizioni riguardanti i patti definiti dall'art. 2341-bis e che – così afferma la dottrina maggioritaria – dovrebbero essere applicate alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ma non alle società quotate, soggette, invece, esclusivamente alla disciplina di cui all'art. 122 T.U.F.¹⁵³ Questa interpretazione, secondo i suoi fautori, sarebbe da preferire, non foss'altro perché tesa a evitare incertezze nell'individuare sia gli accordi da pubblicare sia il regime pubblicitario “corretto” fra i due previsti dalla legge (quello dell'art. 122 T.U.F. e quello dell'art. 2341-ter c.c.), che altrimenti, nel caso delle società quotate, dovrebbero cumularsi¹⁵⁴.

Di conseguenza, gli operatori e il pubblico dei risparmiatori potrebbero venire a conoscenza del contenuto integrale di un patto parasociale solo laddove questo veda la partecipazione di azionisti di società quotate, che sono tenuti,

verso il fenomeno dei patti parasociali «non già perché cozzano con vere o presunte regole fondamentali di funzionamento della corporazione, bensì perché sono in contrasto con i principi fondamentali di tutela del pubblico risparmio».

¹⁵² V. SALAFIA, *op. loc. cit.*

¹⁵³ V.V. CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, Milano, 2008, p. 101 ss., sostiene, al contrario, che il regime pubblicitario delineato dall'art. 2341-ter c.c. dovrebbe essere esteso anche ai patti parasociali stipulati nell'ambito delle società quotate diversi da quelli indicati all'art. 122 T.U.F. (il cui penultimo comma precisa che «[a]i patti di cui al presente articolo non si applicano gli artt. 2341-bis e 2341-ter del codice civile»).

¹⁵⁴ Così A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 822. Per ulteriori spunti critici si v. anche P. FIORIO, *sub artt. 2341-bis e 2341-ter, cit.*, p. 153.

ai sensi dell'art. 122 T.U.F., a depositare il testo integrale dell'accordo presso il registro delle imprese e a pubblicarne un estratto sulla stampa quotidiana (comunicandoli contestualmente alla Consob e alla società). I soci di una società che faccia ricorso al mercato del capitale di rischio possono, invece, limitarsi a un'informazione più ristretta, comunicando il patto alla società e dichiarandone l'esistenza in apertura di ogni assemblea (il cui verbale dovrà poi essere depositato presso il registro delle imprese). Diverso anche è il regime sanzionatorio per le due categorie: nel caso delle società quotate, dall'inadempimento degli obblighi pubblicitari discende la nullità del patto, il divieto di votare in assemblea (cui si ricollega la facoltà di impugnare la delibera se il divieto dovesse essere violato) e una sanzione amministrativa; nel caso delle società che ricorrono al mercato del capitale di rischio, la mancata dichiarazione in assemblea comporta per i paciscenti il solo divieto di votare e, nell'ipotesi in cui essi violassero il divieto e il loro voto dovesse risultare determinante, la relativa delibera potrebbe essere impugnata ai sensi dell'art. 2377 c.c. Nessun obbligo è previsto per le società per azioni cosiddette "chiuse", salvo che controllino un'altra società per azioni quotata o "diffusa".

L'ordinamento societario assicurerebbe in questo modo una trasparenza informativa proporzionale al grado di apertura di una società al mercato, al fine di agevolare la contendibilità dei suoi assetti proprietari¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Cfr. A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 836, il quale osserva che «nelle s.p.a. chiuse la contendibilità è ritenuta questione sostanzialmente estranea alle dinamiche del mercato e quindi le coalizioni pattizie possono rimanere segrete, essendo solo limitata la loro durata; nelle s.p.a. diffuse, che come tali fanno un significativo ricorso al capitale di rischio sul mercato, viene aggiunta una limitata informativa per agevolare le dinamiche del mercato stesso; nelle s.p.a. quotate l'informativa è più completa e generalizzata, essendo i mercati regolamentati lo strumento primario per la contendibilità della società e l'oggetto di specifica tutela». Sotto questo profilo, come ha evidenziato R. COSTI, *I patti parasociali, cit.*, p. 115, la disciplina dettata dal T.U.F. si prefigge «soprattutto due obiettivi: rendere palesi le convenzioni di voto ed impedire che le stesse determinino una separazione troppo netta tra il diritto di voto e il rischio connesso con la titolarità dell'azione»; il legislatore avrebbe, quindi, scelto «una soluzione che cerca di realizzare un ragionevole equilibrio tra due diverse esigenze: assicurare il necessario grado di contendibilità della proprietà e del potere e nello stesso tempo non mortificare eccessivamente l'autonomia privata dei soci». Sul punto si v. anche *infra*, cap. II, sez. II, § 2.

Guardando al testo della legge, parrebbe, dunque, che il regime pubblicitario predisposto dal legislatore non possa essere esteso a categorie di patti non menzionate dagli artt. 2341-*bis* c.c. e 122 T.U.F. e, a maggior ragione, a patti parasociali stipulati da soci di società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

La più recente dottrina ha però eccepito che, accogliendo questa lettura del testo normativo, verrebbero a crearsi nel sistema delle lacune dovute alla circostanza che «[i]l riconoscimento dei sindacati nel nostro ordinamento reca con sé un'esigenza di trasparenza: una volta esclusa la astratta invalidità dei patti parasociali emerge, in relazione alle società che non sono dotate di un *corpus* disciplinare in tema di pubblicità dei sindacati, una analoga esigenza di *disclosure*»¹⁵⁶.

È pur vero che le suddette lacune non potrebbero essere colmate estendendo il campo di applicazione delle norme di cui ai già citati artt. 2341-*bis* c.c. e 122 T.U.F., giacché sia nelle società per azioni "chiuse" sia nelle società a responsabilità limitata non è dato rinvenire quelle esigenze di tutela dei soggetti esterni alla compagine sociale, determinata dall'apertura al mercato, che porta ad attribuire alla pubblicità dei patti «una portata anche extrasociale»¹⁵⁷. Ma ciò non significa che non sia possibile divulgare agli altri soci l'esistenza di accordi parasociali di voto, esclusi dalla disciplina codicistica, che possono effettivamente incidere sulle decisioni dell'assemblea e rispetto ai quali, pertanto, si impone la necessità di rendere trasparente il nesso concreto fra contenuto del patto e procedimento deliberativo.

In sintesi, sarebbe «forse possibile evincere dal sistema una regola generale, espressione del principio di correttezza, valevole nell'ordinamento societario, secondo la quale i soci aderenti ad un sindacato, stante il collegamento che intercorre tra il contratto sociale e quello parasociale, hanno l'obbligo (discendente appunto dal dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto sociale) di

¹⁵⁶ E. MACRÌ, *Patti parasociali e attività sociale*, Torino, 2007, p. 131 s.

¹⁵⁷ E. MACRÌ, *op. ult. cit.*, p. 132.

informare gli altri soci e la società dell'esistenza di accordi parasociali in quelle ipotesi in cui la presenza di un accordo parasociale possa coinvolgere l'interesse della società determinandone un possibile pregiudizio»¹⁵⁸. In altri termini, qualora un patto parasociale coinvolga gli interessi della società (ed è questo il caso di un sindacato di voto che preveda la rinuncia all'azione sociale *ex art.* 2393 c.c. o l'esonero dalla responsabilità in favore degli amministratori¹⁵⁹), sorgerebbe in capo ai paciscenti un obbligo di dichiarare in assemblea, prima che questa deliberi, l'esistenza del patto, e quest'obbligo «sarebbe riconducibile al più generale obbligo di correttezza e buona fede che impegna i soci nell'esecuzione del contratto sociale (sia nei confronti della società, sia l'un socio nei confronti degli altri, dato che la posizione di un socio all'interno della società deve essere vista come una relazione giuridica poliedrica)»¹⁶⁰.

La tesi appena esposta si fonda su due premesse: che il principio di buona fede e correttezza «leghi ogni socio a tutti gli altri non solo nei rapporti derivanti dal contratto sociale, ma anche in quelli [parasociali, n.d.r.] che incidono sull'esecuzione del contratto»¹⁶¹, e che tale principio, così declinato, comprenda anche «il dovere di informazione, quando esso assuma rilievo rispetto agli interessi dei soci che non partecipano all'accordo parasociale»¹⁶², come i soci di minoranza. Nei confronti di costoro sorgerebbe, allora, in capo alla coalizione di maggioranza, un dovere «di esternazione» e «di comunicazione» che potrebbe configurare un vero e proprio obbligo di protezione¹⁶³, diretto a evitare che i soci non abbiano «conoscenza di quei dati che, secondo normali, razionali esigenze, possono essere necessari per un voto cosciente e meditato»¹⁶⁴. Se, infatti, si

¹⁵⁸ E. MACRÌ, *op. ult. cit.*, p. 132 s.

¹⁵⁹ Si v. *infra*, cap. II, sez. I, § 1 e 2.

¹⁶⁰ E. MACRÌ, *op. ult. cit.*, p. 133.

¹⁶¹ Così D. PREITE, *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 225, n. 103.

¹⁶² G. SBISÀ, *sub art.* 2341-ter, in F. GALGANO-P. ZANELLI-G. SBISÀ, *Della società per azioni. Tomo I (Art. 2325-2341-ter)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2006, p. 259.

¹⁶³ F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 242 ss.

¹⁶⁴ Così A. DE GREGORIO, *Note sul diritto di informazione dell'azionista*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 634.

concepisce il diritto di informazione come la chiave per «fornire ai soci le notizie necessarie ad esercitare validamente il diritto di voto»¹⁶⁵, risulta più facile comprendere perché il principio di correttezza, calato «nel contesto di un procedimento deliberativo volto a consentire a tutto il gruppo sociale la concreta possibilità di partecipare alla formazione delle comuni decisioni con consapevolezza»¹⁶⁶, può assolvere «ad un'esigenza di legalità sostanziale»¹⁶⁷ di quel procedimento (esigenza che non viene meno ma, anzi, si accentua se riferita ad accordi parasociali che possono influire sugli esiti della deliberazione) e perché la violazione di tale principio può riflettersi «sulla parità di trattamento dei soci, ricadendo sulla consapevolezza della condotta dei soci sia di *voice* assembleare, sia di *exit* e, più in generale, sulla loro possibilità di informazione»¹⁶⁸.

¹⁶⁵ R. COSTI, *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 70.

¹⁶⁶ E. MACRÌ, *op. ult. cit.*, p. 140.

¹⁶⁷ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 302 s.

¹⁶⁸ E. MACRÌ, *op. ult. cit.*, p. 141.

CAPITOLO II

LA RINUNCIA ALL'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ NELLE ACQUISIZIONI SOCIETARIE

-

SEZIONE I

LA RINUNCIA ALL'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ FRA NORME IMPERATIVE E TUTELA DELL'INTERESSE SOCIALE

SOMMARIO: 1. La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori come rinuncia al diritto sostanziale. La funzione c.d. "organizzativa" della disciplina *ex art. 2393*, ultimo comma, c.c. - 2. La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte della minoranza e il suo rilievo nella definizione dei rapporti con la maggioranza. - 3. La responsabilità degli amministratori fra imperatività e derogabilità. - 4. (*Segue*) Le condizioni soggettive alla libera disponibilità della disciplina sulla responsabilità degli amministratori e il giudizio di meritevolezza o immeritevolezza *ex art. 1322*, comma 2, c.c. - 5. (*Segue*) La preventiva autorizzazione dell'assemblea e la responsabilità degli amministratori verso la società per gli atti compiuti. - 6. Il contrasto dei patti di rinuncia all'azione sociale *ex art. 2393* c.c. con la disciplina sulla responsabilità degli amministratori. - 7. Ancora sull'interesse sociale quale limite alla validità degli accordi sulla responsabilità degli amministratori.

1. La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori come rinuncia al diritto sostanziale. La funzione c.d. "organizzativa" della disciplina ex art. 2393, ultimo comma, c.c.

Il legislatore, come noto, ha voluto rimettere alla discrezionalità dei soci la rinuncia ad agire nei confronti degli amministratori, sia pure in presenza di

ben precise condizioni. Il tema si era imposto all'attenzione della dottrina già prima della riforma del 2003¹ ed è stato oggetto di diverse pronunce in giurisprudenza², aprendo una serie di interrogativi dai quali non si può prescindere, giacché essi si ripropongono anche qualora la rinuncia venga consacrata in un patto parasociale stipulato in occasione dell'acquisto di una partecipazione.

Partendo dal testo della legge, l'art. 2393, ultimo comma, c.c. stabilisce, in termini piuttosto chiari, che «[l]a società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'art. 2393-bis»; a loro volta tali disposizioni prevedono, rispettivamente, che «[l]'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo», e che «[n]elle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione di cui al comma precedente può essere esercitata dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista dallo statuto».

Ciò che si può ricavare da una prima lettura delle norme appena citate è, dunque, che competente a deliberare sul punto è l'assemblea ordinaria, che la rinuncia all'azione sociale può essere oggetto solo di una delibera espressa e che

¹ Cfr. in particolare i contributi di R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 211 ss.; A. BORGIOI, *op. ult. cit.*, p. 38 ss.; V. CALANDRA BONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, p. 258 ss.; P. BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Padova, 1992, p. 318 ss.; A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ult. comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 334 ss.

² Cass., 24 aprile 2007, n. 9901, *cit.*; Trib. Milano, 2 dicembre 2005, in *Società*, 2006, p. 1525, con nota di E. CIVERRA, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità degli amministratori*; Trib. Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 326, con nota di A. TINA, *op. ult. cit.*; Trib. Milano, 29 aprile 2003, in *Giur. milanese*, 2003, p. 440; Trib. Milano, 16 gennaio 1995, in *Gius.*, 1995, 3752; in *Giust. civ.*, 1995, p. 3752.

la delibera non può essere assunta con il veto di una minoranza qualificata di soci.

Sotto il profilo della legittimazione attiva, peraltro, l'azione sociale di responsabilità può essere deliberata anche dal collegio sindacale (art. 2393, comma 3, c.c.), dal consiglio di sorveglianza (art. 2409-*decies*, comma 2, c.c.) e, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, dal curatore fallimentare, dal commissario liquidatore e dal commissario straordinario (art. 2394-*bis* c.c.).

In ogni caso, la rinuncia all'azione sociale non impedisce, stando all'art. 2394, comma 3, c.c., il suo esercizio da parte dei creditori (se «il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti»), ai quali, ove la società fallisca, può sostituirsi, di nuovo, il curatore³.

Il disposto dell'ultimo comma dell'art. 2393 c.c. viene peraltro richiamato dall'art. 2409, comma 5, c.c., che sancisce in capo all'amministratore giudiziario la legittimazione ad esercitare l'azione sociale di responsabilità e a rinunciarvi. E in tema non si può non menzionare, nell'ambito delle norme sul sistema dua-

³ Cui spetta comunque, in assenza di una rinuncia o transazione, la facoltà di esercitare, in via congiuntiva o disgiuntiva, le azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. Sull'argomento, prima che intervenisse la riforma della legge fallimentare, cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, IV, Torino, 1991, p. 455; A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, p. 378; A. FABRIZIO, *Questioni in tema di azione di responsabilità da parte del curatore* (nota a Trib. Ivrea, 29 gennaio 2004), in *Società*, 2004, p. 1566 ss.; F. IOZZO, *Art. 146 L. Fall. e prescrizione delle azioni di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1017 ss.; L. SAMBUCCI, *sub art. 2394-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, p. 711; dopo la riforma cfr. G. COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari: profili processuali*, in *Società*, 2007, p. 207 ss.; F. FANTI, *La responsabilità degli amministratori nei confronti di creditori di s.r.l. fallite* (nota a Trib. Milano, 28 novembre 2005), in *Società*, 2007, p. 70 ss.; G. FAUCEGLIA, *sub art. 146*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto A. JORIO, coordinato da M. FABIANI, II, Bologna, 2007, p. 2144; A.L. BONAFINI, *La responsabilità degli amministratori*, in V. CALANDRA BONAURA-A.L. BONAFINI, *Società per azioni. Amministrazione e rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 31. Sostengono che le due azioni possano essere proposte disgiuntamente L. SAMBUCCI, *op. loc. ult. cit.*; M. SPIOTTA, *Fallimento, amministratore di fatto, responsabilità: osservazioni sul tema*, in *Giur. it.*, 2006, p. 981, n. 33; F. IOZZO, *Potere gestorio e conservativo del patrimonio sociale nella fase di liquidazione: ricadute sul piano concorsuale*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. AMBROSINI, Milano, 2007, p. 325; L. JEANTET, *Proseguibilità da parte della società tornata in bonis dell'azione di responsabilità esperita dal curatore ex art. 146 legge fall.*, *ivi*, p. 331; F. SIGNORELLI, *Azione di responsabilità ex art. 146 l. fall. e determinazione del danno*, in *Società*, 2007, p. 1127 ss.

listico, l'art. 2409-*decies*, comma 4, c.c., secondo cui «[i]l consiglio di sorveglianza può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigerla, purché la rinuncia e la transazione siano approvate dalla maggioranza assoluta dei componenti del consiglio di sorveglianza e purché non si opponga la percentuale di soci indicata nell'ultimo comma dell'art. 2393». Completa il quadro (beninteso, limitatamente alla società per azioni) l'ultimo comma dello stesso art. 2409-*decies* c.c., nel quale, a fronte di un'eventuale rinuncia, viene ribadita (perché già prevista al comma 1) la possibilità di esercitare l'azione ai sensi dell'art. 2393-*bis* (e, in subordine, degli artt. 2394 e 2394-*bis* c.c.).

Per quanto riguarda, invece, la società a responsabilità limitata, all'art. 2476, comma 5, c.c., si legge che, «[s]alvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non di oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale social». Sia la rinuncia sia la transazione, tuttavia, «non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori» (art. 2476, comma 6, c.c.).

Il dato normativo sembra sottolineare la natura eccezionale e, in un certo senso, "anormale" (almeno in apparenza) di un atto come la rinuncia a far valere la responsabilità degli amministratori per eventuali danni che questi abbiano causato alla società: poiché il diritto al risarcimento del danno spettante alla società o ai creditori rappresenta, dal punto di vista funzionale, il principale rimedio sanzionatorio per la violazione degli obblighi che incombono sugli amministratori⁴, la disciplina predisposta dal legislatore ha ampliato la legittimazione a far valere tale rimedio per non compromettere la facoltà di adire l'autorità giudiziaria anche nell'ipotesi in cui la società (o, meglio, la maggioranza riunita in

⁴ Cfr. per tutti R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 18 ss. e 102.

assemblea) rimanga inerte, onde rimediare agli effetti che intese poco trasparenti fra gli amministratori e i soci che hanno contribuito alla loro nomina potrebbero avere sul patrimonio e sull'attività sociale.

La rinuncia, in effetti, è un atto che di per sé si configura come anomalo⁵. Allo stesso modo, la rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori «costituisce, implicando la dismissione di un diritto a beneficio di amministratori che abbiano recato un danno alla società in ragione di propri inadempimenti, un fenomeno certamente inconsueto, astrattamente lesivo per la società, che incide sul rapporto di fiducia con i *managers* ed importa una scelta di fondo circa la competenza ad assumere la relativa decisione»⁶. Tenuto conto delle ripercussioni che questa decisione potrebbe avere se espressione della volontà di una maggioranza indifferente agli interessi altrui, le norme in materia sembrano volte a bilanciare il potere di chi detiene il controllo dell'assemblea con le diverse istanze che inevitabilmente fanno capo ad un ente collettivo che opera sul mercato e il cui funzionamento si regge sull'interazione fra diversi organi. In altre parole, la possibilità di rinunciare ad agire nei confronti degli amministratori «non può andare esente da limiti, ove si consideri che ogni atto di disposizione che precluda il futuro esercizio dell'azione di responsabilità è potenzialmente idoneo a produrre effetti vincolanti *ultra partes* (non diversamente, sotto questo aspetto, da una pronuncia giudiziale o da un lodo arbitrale che decidano la controversia), non circoscritti all'ambito del singolo rapporto interindividuale fra amministratori e società, ma potenzialmente estesi a soggetti terzi rispetto alle parti di tale rapporto»⁷.

⁵ F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato. I. Parte generale*, Napoli, 1992, p. 7

⁶ Questa l'opinione espressa da G. DELL'ATTI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2012.

⁷ Così V. PINTO, *Gli atti di disposizione dell'azione di responsabilità, in S.r.l. Commentario*, a cura A.A. DOLMETTA-G. PRESTI, Milano, 2011, p. 688, che ravvisa una sostanziale uniformità fra la disciplina di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c. e quella dettata dall'art. 2476, comma 5, c.c. In questo senso si v. anche G. SCOGNAMIGLIO, *L'azione sociale di responsabilità*, in AA. VV., *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. IBBA-G. MARASÀ, V, Padova, 2012, p. 347 s.; A. TINA, *La rinuncia e la transazione dell'azione sociale di responsabilità in mancanza della preventiva delibera assembleare*, cit., p. 22, n. 2.

Per meglio enucleare i problemi ai quali può dare origine una delibera di rinuncia all'azione sociale di responsabilità, occorre innanzi tutto specificare la natura dell'oggetto, che la dottrina, superando la distinzione concettuale fra rinuncia all'azione e rinuncia al diritto⁸ (a sua volta fondata sulla concezione dualistica fra azione e diritto⁹), ha qualificato come dismissione di un diritto sostanziale¹⁰.

In particolare, si può osservare – in una prospettiva colta nel vigore della normativa precedente alla riforma del 2003 ma tuttora valida¹¹ – che il termine “azione”, utilizzato dal legislatore in questa sede, «non si riferisce alla mera iniziativa processuale ma direttamente al diritto di credito della società, per la tutela del quale si sarebbe potuta promuovere l'azione processuale»¹², e che l'art. 2393, ultimo comma, c.c. è, di conseguenza, una norma volta a disciplinare «ogni delibera assembleare riguardante un atto di disposizione, ad efficacia abdi-

⁸ G.A. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937, p. 22 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, rist., p. 292; B. SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione* (nota a Cass., 27 luglio 1975, n. 2924), in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 531 ss.; F. MACIOCE, *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XL, p. 923 ss.; ID., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato. I. Parte generale*, cit., 13 ss., 77 ss.; R. VACCARELLA, *Rinuncia agli atti*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 960 ss.

⁹ Cfr. G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, p. 1 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1906, p. 29 ss.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, I, p. 351 ss.; S. SATTA, *Apporto di Ascarelli alla scienza del processo*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, IV, Milano, 1969, p. 1995, p. 2000 ss.

¹⁰ P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 271 ss.; A. PICCIAU, sub art. 2393, 2393-bis e 2394-bis, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L. A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2004, p. 595 ss.; G. DELL'ATTI, *op. cit.*, p. 15 ss.

¹¹ Come conferma A. PICCIAU, *op. cit.*, p. 595, n. 59, in quanto «le modifiche che hanno toccato l'art. 2393 non hanno riguardato il peculiare profilo della fattispecie della rinuncia all'azione e della transazione».

¹² P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 278. Ma in tema v. R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 211, il quale, sottolineando che l'art. 2393, ultimo comma, c.c. «parla di rinuncia all'esercizio dell'azione di responsabilità, non di rinuncia agli atti del giudizio», afferma che «la disposizione si applica in ogni caso, sia che il processo già si stia svolgendo, sia che l'azione di responsabilità sia stata promossa ma la domanda non sia stata ancora proposta al giudice competente, sia infine quando neppure la società abbia ancora deliberato al riguardo».

cativa, del credito maturato a favore della società per la reintegrazione dei danni subiti dal patrimonio a causa di una gestione illecita»¹³.

È opinione diffusa, del resto, che la rinuncia all'azione altro non sia (in un'accezione un po' impropria) se non un atto con cui chi è legittimato a far valere in giudizio un diritto sostanziale ne dispone in via definitiva¹⁴, perché la rinuncia all'azione inciderebbe direttamente sulla situazione materiale che è oggetto del negozio abdicativo, precludendone ogni ulteriore tutela in sede processuale¹⁵.

Ne consegue che, da un punto di vista strettamente logico, la norma in esame non potrebbe ricevere un'interpretazione diversa, perché la società, rinunciando all'azione, perderebbe anche il potere di far valere il proprio diritto di credito. In altre parole, la rinuncia all'azione va considerata una rinuncia in via mediata al diritto¹⁶.

Se si guardasse alla lettera della legge, peraltro, si troverebbe un ulteriore argomento utile ad avvalorare la tesi appena esposta: la rinuncia non è l'unico atto che la società potrebbe compiere per disporre del diritto al risarcimento del danno; sia l'art. 2393, ultimo comma, c.c. sia l'art. 2476, comma 5, c.c. prevedono che l'assemblea possa anche addivenire ad una transazione sull'azione sociale di responsabilità, ove per transazione si intende, com'è noto, un contratto «col

¹³ A. PICCIAU, *op. cit.*, p. 595. In termini simili v. anche G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 360; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *cit.*, p. 282, che include fra gli atti equiparabili alla rinuncia la ratifica *ex post* tramite deliberazione dei soci; V. PINTO, *op. cit.*, p. 691.

¹⁴ In questo senso E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, 1962, II, p. 102 ss.; A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, p. 37 ss.

¹⁵ P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 279, secondo cui la tesi che postula la necessità di distinguere il piano processuale da quello sostanziale, cioè di distinguere la rinuncia all'azione (che avrebbe ad oggetto il potere di agire in giudizio per ottenere un provvedimento giurisdizionale di merito) dalla rinuncia al diritto (che, invece, avrebbe ad oggetto il potere di compiere atti per la realizzazione di un proprio interesse), confermerebbe l'impostazione qui condivisa, in quanto affermare che con la rinuncia all'azione si perderebbe il potere di agire per l'attuazione, in via sanzionatoria, del proprio diritto di credito (anche contro la volontà del debitore), significa ammettere implicitamente che la rinuncia ad agire in giudizio avrebbe quantomeno un effetto riflesso e indiretto sul diritto sostanziale, riconoscendo così «nella rinuncia alla condanna a prestazione pecuniaria una disposizione mediata del diritto di credito» (B. SASSANI, *op. cit.*, p. 543).

¹⁶ A. PICCIAU, *op. loc. ult. cit.*; G. DELL'ATTI, *op. cit.*, p. 16.

quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere fra di loro» (art. 1965, comma 1, c.c.), abbandonando in tutto o in parte le pretese che hanno origine dalla controversia. Poiché, dunque, la transazione designa senza alcun dubbio, al pari della rinuncia, un negozio per mezzo del quale è possibile disporre del proprio diritto¹⁷, è ragionevole ritenere che il legislatore abbia voluto accostare i due istituti, assoggettandoli a un'unica disciplina, per via della comune attitudine a impedire in via definitiva l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità¹⁸.

I limiti imposti dalla legge alla società per rinunciare all'azione sociale troverebbero, insomma, fondamento nell'effetto preclusivo che tale atto di disposizione produce, imponendosi nei confronti di tutti i soggetti legittimati ad esercitare l'azione, fra i quali il curatore che agisca ai sensi dell'art. 146 l. fall.¹⁹

Si è fatto notare, poi, che non si intendesse la rinuncia all'azione da parte dei soci come un «atto che produce l'effetto della dismissione incondizionata di un diritto sostanziale e l'effetto processuale della rinuncia alla tutela giurisdizionale circa il diritto sostanziale medesimo», cioè «si congetturasse che la “rinuncia all'azione” di cui parla la norma debba essere letta quale rinuncia al mero potere processuale, autonomo rispetto al diritto sostanziale, di ottenere una pronuncia giurisdizionale di merito rispetto al diritto dedotto in giudizio, si dovrebbe in ogni caso rintracciare la disciplina applicabile alla fattispecie della rinuncia al diritto sostanziale»; e se per colmare questa lacuna dovessero applicarsi - soluzione obbligata - gli ordinari *quorum* assembleari indicati dagli artt. 2368, comma 1, secondo periodo, e 2369, comma 3, c.c., «la rinuncia al diritto so-

¹⁷ Cfr. A. PICCIAU, *op. cit.*, p. 596; L. ENRIQUES-F. M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 859 ss.; G. DELL'ATTI, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Torino, 2007, p. 349 s.; V. PINTO, *op. cit.*, p. 690 s.

¹⁹ Cfr. *ex multis* P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 142 ss.; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 148 s.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Tomo secondo (artt. 2475-2483)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2010, p. 1075, n. 84; V. PINTO, *op. cit.*, p. 688 e 691, che, infatti, parla di effetto preclusivo “collettivo”. *Contra* A. CETRA, *op. cit.*, 2003, 391 ss., che afferma la natura autonoma dell'azione *ex art. 146 l. fall.*

stanziale sarebbe assoggettata ad un trattamento di favore per la maggioranza, in frontale contrasto con le scelte della riforma»²⁰.

In quest'ordine di idee non dev'essere, infatti, trascurata la funzione «organizzativa» della disciplina sulla rinuncia²¹, cui si è già accennato ricordando che l'art. 2393, ultimo comma, c.c. limita il potere della maggioranza di deliberare la rinuncia all'azione sociale di responsabilità attribuendo alla minoranza il potere di opporsi (purché raggiunga una determinata percentuale in assemblea)²², rafforzato, ai sensi dell'art. 2393-bis c.c., dalla legittimazione (anch'essa subordinata alla rappresentanza di una determinata quota del capitale sociale) ad esercitare l'azione sociale di responsabilità.

²⁰ A. PICCIAU, *op. loc. ult. cit.*

²¹ Secondo la lettura che ne dà G. DELL'ATTI, *op. loc. ult. cit.*

²² Da questo punto di vista, secondo V. PINTO, *op. cit.*, p. 686 s., la disciplina della società a responsabilità limitata si caratterizzerebbe per una marcata autonomia rispetto a quella appena illustrata, in quanto la previsione del consenso di una maggioranza qualificata (ai sensi dell'art. 2476, comma 5, c.c.) porterebbe a pensare che «nella società a responsabilità limitata è più difficile pervenire alla rinuncia o alla transazione dell'azione rispetto a quanto non accada nel caso di società per azioni» (S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, p. 1600); allo stesso tempo, la circostanza che nella società a responsabilità limitata sia indicato un *quorum* ostativo alla delibera sulla rinuncia o sulla transazione (art. 2476, comma 5, c.c.) ma non un *quorum* per promuovere l'azione sociale (al contrario di quanto prevede la disciplina sulla società per azioni, caratterizzata da una quasi perfetta simmetria fra i due *quorum*, salvo il difetto di coordinamento fra l'art. 2393, ultimo comma, e l'art. 2393-bis, comma 2, c.c.), potrebbe condurre a valutazioni di segno opposto, ossia che la rinuncia e la transazione possono perfezionarsi «nonostante l'opposizione» del socio che abbia già promosso l'azione, laddove quest'ultimo sia titolare di una quota di partecipazione inferiore al decimo del capitale sociale». Sotto questo aspetto il testo della norma è stato oggetto delle critiche di molti commentatori, fra i quali si v. M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO-S.PATRIARCA-G. PRESTI, 2003, p. 61; S. AMBROSINI, *op. loc. cit.*; O. CAGNASSO, *sub art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, 2, Bologna, 2004, p. 1887; ID., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, V, 1, Padova, 2007, p. 260; A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. FARINA-C. IBBA-G. RACUGNO-A. SERRA, 2004, p. 264; F. PASQUARIELLO, *sub art. 2476*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, III, Padova, 2005, p. 1990; R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, III, Torino, 2007, p. 657 ss. e n. 95; A. ANGELILLIS-G. SANDRELLI, *sub art. 2476*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, 2008, p. 738, n. 268; G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 1075, n. 84. Tentano, invece, di giustificare la scelta del legislatore S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 292; C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nella nuove società a responsabilità limitata*, 2008, p. 107 s.

C'è un dato dal quale non si può prescindere, se si è propensi a dare di queste norme un'interpretazione sistematica: la riforma del 2003, nello stabilire che la gestione della società per azioni spetta esclusivamente agli amministratori, ha irrigidito il regime della loro responsabilità, riconoscendo la legittimazione a esercitare l'azione sociale (come si è già sottolineato) a soggetti diversi dalla società, anche allo scopo di invogliare investimenti in partecipazioni minoritarie²³; in altre parole, la più ampia libertà di gestione concessa agli amministratori verrebbe compensata dal controllo che la minoranza è in grado di esercitare sul loro operato attraverso il veto ad un'eventuale proposta di rinuncia o transazione e l'azione *sociale* di responsabilità²⁴.

Fra l'art. 2393, ultimo comma, e l'art. 2393-bis c.c. può ravvisarsi, insomma, un collegamento molto stretto che, scongiurando accordi fra la maggioranza e gli amministratori nel caso in cui questi abbiano arrecato un danno alla società con operazioni illecite, dovrebbe, in via immediata, garantire una più corretta gestione della società e, in via mediata, rafforzare i poteri della minoranza dotandola di uno strumento posto a presidio dei suoi interessi²⁵.

Le stesse norme di cui si discute, del resto, escludono implicitamente che la società possa vietare alla minoranza di esercitare l'azione sociale di responsabilità o di porre il veto in assemblea in caso di rinuncia all'azione, in quanto, ai sensi dell'art. 2393-bis, commi 1 e 2, c.c. (richiamati dall'art. 2393, ultimo com-

²³ Cfr. R. WEGIMANN, *op. cit.*, p. 101 ss.; A. BORGIOI, *op. ult. cit.*, p. 277; P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 243 ss.; L. PANZANI, *Responsabilità degli amministratori: rapporti di causalità tra atti di mala gestione e danni. Lo stato della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1989, II, p. 86 ss.; P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 253 ss.; D. CATERINO, *op. cit.*, p. 847 ss.; G.B. PORTALE, *Note in tema di "scarico" e di "riproponibilità" dell'azione di responsabilità sociale ex artt. 2392-2393 c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 290; B. QUATRARO-L.G. PICONE, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società. Aspetti civili, penali e tributari*, Milano, 1998, p. 667 ss.; A. TINA, *op. cit.*, p. 352 ss.; E. DALMOTTO, sub art. 2393-2393-bis, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 821; A. PICCIAU, sub art. 2393, 2393-bis e 2394-bis, *cit.*, p. 602; A. ROSSI, sub art. 2393-bis, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFEI ALBERTI, I, Padova, 2005, p. 818 s.; L. ENRIQUES-F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 861.

²⁴ Cfr. G. DELL'ATTI, *op. cit.*, p. 20 s., secondo cui, in questo caso, la minoranza si farebbe addirittura «interprete degli interessi della società».

²⁵ Cfr. su questo punto A. PICCIAU, *op. loc. ult. cit.*; M.C. BREIDA, sub art. 2409-decies, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, 2, Bologna, 2004, p. 1140; G. DELL'ATTI, *op. cit.*, p. 21.

ma, c.c.), lo statuto non può – e il divieto è da intendersi come inderogabile – elevare l'aliquota dei legittimati ad agire *ex art. 2393-bis* c.c. e ad opporsi alla rinuncia all'azione sociale²⁶. Anche sotto questo profilo, la disciplina (dettata allo scopo inequivocabile di evitare azioni ed opposizioni pretestuose ed ostruzionistiche da parte del singolo socio²⁷) confermerebbe, dunque, la volontà del legislatore di tutelare al massimo grado possibile le ragioni della minoranza.

Resta, infine, da eccepire che se il procedimento di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c., dovesse applicarsi solo nell'ipotesi di rinuncia da parte della società agli atti del giudizio, logica vuole che per la rinuncia al diritto sostanziale sarebbe sufficiente una deliberazione dell'assemblea ordinaria assunta senza concedere ai soci di minoranza la possibilità di porre alcun veto: così ragionando, «la maggioranza dei soci potrebbe rinunciare in assemblea ordinaria al diritto sostanziale di credito vantato dalla società nei confronti degli amministratori pur ricorrendo il dissenso di una minoranza; l'estinzione del diritto a mezzo rinuncia, poi, avrebbe conseguenze dirette sul giudizio instaurato risultando la società carente di interesse»²⁸.

Dal momento che questa tesi, alla luce del diritto vigente e delle riflessioni appena esposte, non è sostenibile, vi sono, al contrario, validi elementi per concludere che l'inciso "rinuncia all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità" debba essere interpretato «come atto comunque dispositivo di una situazione giuridica rilevante sotto il profilo economico»²⁹.

²⁶ Per questo rilievo si v. G. DELL'ATTI, *Note a margine in materia di rinuncia all'azione sociale di responsabilità nelle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 756, 766 e n. 42; ID., *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 21, 30, 281. Conf. A. TINA, *La rinuncia e la transazione dell'azione sociale di responsabilità in mancanza della preventiva delibera assembleare*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 40.

²⁷ A. PICCIAU, *op. loc. ult. cit.*; E. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 821; L. ENRIQUES-F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 881; G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*

²⁸ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 22.

²⁹ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*

2. *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte della minoranza e il suo rilievo nella definizione dei rapporti con la maggioranza.*

La riforma del diritto societario, nell'estendere la legittimazione ad agire nei confronti degli amministratori (in via autonoma e straordinaria) a una minoranza qualificata di soci, ha anche previsto la possibilità, per i soci che abbiano agito, di rinunciare all'azione o di transigerla³⁰. Dal momento che, in questo caso, non vi sarebbe corrispondenza tra legittimazione all'esercizio dell'azione e titolarità del diritto sostanziale (che, ovviamente, rimane in capo alla società), è necessario verificare se anche la rinuncia espressa dalla minoranza costituisca un atto dispositivo di tale diritto: sulla base degli argomenti in precedenza illustrati, la rinuncia all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità *ex art. 2393*, comma 6, c.c. dev'essere, infatti, qualificata come dismissione del diritto al risarcimento del danno e, quindi, di un credito; ma tale soluzione «è agevole nella misura in cui la rinuncia è espressione della volontà del soggetto che è titolare del diritto»³¹.

Ciò ha indotto la maggioranza della dottrina ad aderire alla tesi secondo cui i soci di minoranza che hanno esercitato l'azione non avrebbero il potere di rinunciarvi (né tantomeno di pervenire ad un accordo transattivo), perché non sono titolari del diritto fatto valere in giudizio³².

³⁰ Secondo V. PINTO, *op. cit.*, p. 686, la mancanza di una disposizione analoga per l'ipotesi in cui siano i soci di società a responsabilità limitata a deliberare sulla rinuncia e sulla transazione costituirebbe un ulteriore indice dell'autonomia che caratterizza, sotto questo profilo, la disciplina di detto tipo societario rispetto a quella cui sono soggetti i soci di una società per azioni, «con la conseguenza che l'unica fattispecie espressamente regolata è quella della rinuncia e transazione "da parte della società"».

³¹ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 23.

³² Allo stesso modo, con riferimento alla disciplina dettata dall'art. 2476, comma 5, c.c., la dottrina prevalente, sul presupposto che la norma riservi al titolare del diritto la legittimazione a disporre dell'azione, sostiene che il socio, una volta promossa l'azione, non possa compiere atti di disposizione che non si risolvano in una mera rinuncia agli atti del giudizio priva di effetti preclusivi per il rinunciante: cfr. S. DI AMATO, *op. cit.*, 2003, p. 293; S. AMBROSINI, *op. cit.*, 2004, p. 1600 ss.; A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, cit., 2004, p. 267; F. PA-

Vi è chi ha tentato di conciliare quest'interpretazione con la lettera della legge, secondo cui la minoranza avrebbe il potere di «rinunciare all'azione o di transigervi», precisando che, nell'ipotesi in cui «soci che hanno agito» si avvalsero di questo potere, il credito della società verso gli amministratori non si estinguerebbe, lasciando spazio ad un'eventuale azione da parte della società o degli altri soci; la minoranza qualificata sarebbe titolare, cioè, della semplice legittimazione processuale ad esercitare (autonomamente) l'azione sociale³³. Viene così reintrodotta la distinzione fra rinuncia all'azione e rinuncia al diritto.

In merito è opportuno ricordare innanzi tutto che l'oggetto di una controversia introdotta ai sensi dell'art. 2393 c.c. è «l'accertamento del compimento da parte degli amministratori di atti di *mala gestio* che abbiano comportato un danno per la società, nonché la condanna di questi ultimi al relativo risarcimento»³⁴.

Di conseguenza, sarebbe difficile sostenere che all'art. 2393-bis si sia voluto disciplinare un'ipotesi di rinuncia o di transazione relativi ad un potere di azione che compete esclusivamente alla minoranza. Al contrario, il riferimento normativo alla rinuncia o alla transazione andrebbe a designare un atto col quale si dispone del diritto sostanziale al risarcimento del danno che la società vanta nei confronti degli amministratori, a prescindere dal soggetto cui spetti compierlo. D'altronde, per transigere la lite, si presuppone che le parti abbiano la capacità di disporre dei diritti che costituiscono l'oggetto della transazione; in caso contrario, l'accordo sarebbe affetto da nullità (art. 1966 c.c.).

Va puntualizzato in primo luogo che, secondo l'opinione della dottrina prevalente³⁵ (corroborata dalla più recente giurisprudenza³⁶), i soci legittimati ai

SQUARIELLO, *op. cit.*, 2005, p. 1989 ss.; R. TETI, *op. cit.*, 2006, p. 651; A. ANGELILLIS-G. SANDRELLI, *op. cit.*, 2008, p. 738; C. MONTAGNANI, *op. cit.*, p. 106.

³³ Propone una soluzione analoga per l'ipotesi in cui a rinunciare all'azione sia il socio di società a responsabilità limitata V. PINTO, *op. cit.*, p. 689.

³⁴ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 28.

³⁵ F. AULETTA, sub art. 2393-bis, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI-V. SANTORO, I, 1, Torino, 2003, p. 488; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 200; E. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 790; A. PICCIAU, sub art. 2393, 2393-bis e 2394-bis, *cit.*, p.

sensi dell'art. 2393-*bis* c.c. non esercitano un'azione "di tipo surrogatorio", ma agiscono in nome proprio in forza di una legittimazione straordinaria e in qualità di sostituti processuali, al fine di far valere un diritto di credito di cui è titolare un altro soggetto, ossia la società, che dovrà, quindi, essere chiamata in causa³⁷. Ma anche qualora non si ottemperi a tale adempimento, essa potrà comunque beneficiare di un eventuale esito positivo, in quanto il giudicato si produrrà direttamente nei suoi confronti.

Il primo dato da considerare è quello testuale, dal quale si evince, secondo l'impostazione qui condivisa, che rinuncia e transazione siano entrambi atti attraverso i quali si concretizza il potere di disporre del diritto sostanziale al risarcimento del danno patito dalla società in conseguenza dell'operato negligente dei suoi amministratori. E, dal punto di vista strettamente letterale, «sarebbe quantomeno anomalo che il legislatore all'art. 2393, comma 6, c.c. ed all'art. 2393-*bis*, comma 6, c.c., utilizzi un inciso pressoché equivalente – nel primo caso "rinuncia all'esercizio dell'azione" e, nel secondo, "rinuncia all'azione" – assegnando un significato del tutto distinto a seconda delle fattispecie»³⁸.

Vi sono, però, altre ragioni per ritenere che la minoranza, dopo aver esercitato l'azione sociale di responsabilità ai sensi dell'art. 2393-*bis*, non possa disporre, per mezzo di una rinuncia o di una transazione, del diritto al risarcimento del danno su cui l'azione si fonda.

602 ss.; A. ROSSI, *op. cit.*, p. 821 ss.; G. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 207 ss.; L. ENRIQUES-F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 871 ss. *Contra* F. GALGANO-R. GENGHINI, *op. cit.*, p. 282.

³⁶ Trib. Roma, 4 gennaio 2005, in *Giur. merito*, 2005, p. 1563; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 4 gennaio 2005, in *Corr. Merito*, 2005, p. 390; Trib. Marsala, 15 marzo 2005, in *Corr. Merito*, 2005, p. 638; in *Foro it.*, 2005, I, c. 3469; in *Giur. it.*, 2005, p. 1468, con nota di C. PEDRELLI, *Questioni processuali in tema di azione ex art. 2476 c.c.*; Trib. Napoli, 20 ottobre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1222; in *Società*, 2006, p. 625, con nota di C. DI BITONTO, *Inammissibilità della revoca giudiziale definitiva degli amministratori*.

³⁷ Malgrado la giurisprudenza si sia sempre pronunciata sull'azione promossa dal socio di società a responsabilità limitata *ex art. 2476*, comma 5, c.c. (qualificandolo, per l'appunto, come sostituto processuale), sembra che le considerazioni in cui si articolano queste pronunce possano essere estese anche alla società per azioni (a riprova del fatto che, con riguardo alla *ratio* della disciplina sulla responsabilità degli amministratori, nell'uno e nell'altro tipo societario potrebbe ravvisarsi una sostanziale corrispondenza).

³⁸ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 28.

Innanzitutto, va puntualizzato che la legittimazione straordinaria ad agire nei confronti degli amministratori, connessa all'attribuzione di un diritto di veto in sede di rinuncia e transazione, non sembra pregiudicare la possibilità di derogare alla disciplina sulla responsabilità *ex art. 2392 c.c.* ma, piuttosto, come già si accennava in precedenza, pone semplicemente in evidenza una questione, quella dei requisiti e dei limiti che condizionano la libertà della società, «circoscritta nell'ambito dei rapporti interni tra i soci, tra maggioranza e minoranza, posto che si tratta comunque, secondo l'opinione prevalente, di limiti a garanzia esclusiva dell'interesse sociale e dell'interesse dei soci di minoranza»³⁹. E nonostante il divieto di elevare nello statuto le aliquote indicate dagli artt. 2393, ultimo comma, e 2393-bis, commi 1 e 2, c.c., sia da intendersi come inderogabile (al pari della competenza dell'assemblea a deliberare in materia di rinuncia⁴⁰), non convince del tutto la tesi secondo cui la legittimazione ad agire riconosciuta alla minoranza sia un potere che contribuisce a definire lo *status* di socio e che, nelle intenzioni del legislatore, non dovrebbe essere esercitato esclusivamente in funzione della tutela di un interesse individuale, perché esso si ricolleggerebbe a un interesse sovraordinato che fa capo all'intera collettività dei soci e, dunque, alla stessa società⁴¹.

Ciò posto, se i soci che hanno agito ai sensi dell'art. 2393-bis c.c. avessero davvero il potere di disporre del diritto al risarcimento del danno spettante alla società, non sarebbe più possibile (né per gli stessi soci di minoranza né, soprat-

³⁹ A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., cit.*, p. 152. In dottrina cfr. anche P. BALZARINI, *Note in tema di deroghe statutarie al regime legale dell'assemblea ordinaria di seconda convocazione*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 577; G. MINERVINI, *Quorum costitutivo e quorum deliberativo nelle assemblee ordinarie di seconda convocazione*, in *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 5 ss.; P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 187, 300 ss. In giurisprudenza si v. Cass., 24 aprile 2007, n. 9901, in *Società*, 2008, p. 184; Cass., 2 settembre 1998, n. 8699, in *Giur. it.*, 1999, p. 1660; Trib. Torino, 13 giugno 1966, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, p. 469.

⁴⁰ Si v. *infra*, in questo capitolo e in questa sezione, § 3.

⁴¹ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 30, che vede la legittimazione ad agire *ex art. 2393-bis*, comma 1 e 2, c.c. come «uno strumento che, pur assicurando una significativa tutela a favore della minoranza, trascende tale scopo, di modo che, rilevando in un'ottica di sistema, impedisce ai soci stessi di disporre del diritto-potere loro riconosciuti».

tutto, per i loro aventi causa⁴²) rivolgersi di nuovo al giudice per far valere tale diritto.

Si arriverebbe, in buona sostanza, ad ammettere (indirettamente) proprio quel tipo di intese che il legislatore vorrebbe impedire: si allude all'ipotesi in cui «un gruppo di soci, legati ai membri dell'organo di gestione ed a conoscenza di atti di *mala gestio* compiuti da questi ultimi a danno della società, qualora intendessero cedere il proprio pacchetto azionario (pari all'aliquota di capitale necessaria per l'esercizio dell'azione da parte della minoranza), per soddisfare il proprio interesse ad alienare le azioni e, parimenti, per tutelare gli interessi personali degli amministratori, potrebbero esercitare nei confronti di questi ultimi l'azione di responsabilità per poi rinunciarvi puramente e semplicemente; e ciò, in modo da impedire ai propri aventi causa l'esercizio dell'azione sociale»⁴³.

È necessario, allora, trovare una soluzione interpretativa adatta a conciliare due deduzioni in apparenza incompatibili: da un lato, la rinuncia e la transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori sono atti con cui si dispone di un diritto di credito; dall'altro lato, i soci di minoranza che abbiano agito ai sensi dell'art. 2393-*bis* c.c. non potrebbero disporre, tramite rinuncia o transazione, del diritto vantato con l'azione sociale di responsabilità, perché unica titolare di questo diritto è la società, né tantomeno della legittimazione straordinaria ad agire, che, secondo una parte della dottrina, costituisce «un diritto-potere indisponibile che qualifica lo *status* di socio»⁴⁴.

⁴² Se i soci che compongono le aliquote di cui all'art. 2393-*bis* c.c., pur non essendo titolari del diritto di credito vantato dalla società, potessero disporre, il relativo atto spiegherebbe i propri efficacia anche nei confronti dei successivi acquirenti delle loro azioni; in questo modo «non solo ai soggetti che hanno concretamente abdicato al proprio potere, ma anche ai propri aventi causa, sarebbe inibito l'inizio di un'azione sociale di responsabilità nei confronti dei medesimi amministratori avente lo stesso *petitum* e la stessa *causa petendi* di quella precedentemente rinunciata»: cfr. G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 31.

⁴³ G. DELL'ATTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 33. Cfr. in merito anche F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 942 s., il quale, oltre all'irrinunciabilità che si evince dalla natura della situazione giuridica, inidonea di per sé a formare oggetto del negozio di rinuncia, evidenzia che alcune situazioni giuridiche diventano non rinunciabili in virtù del rapporto cui ineriscono; ciò avviene nelle ipotesi in cui è la configurazione dell'interesse, alla cui conservazione l'ordinamento è direttamente teso, che ne determi-

Se ci si limitasse a registrare questa contraddizione, infatti, un'eventuale rinuncia all'azione da parte della minoranza creerebbe notevoli incertezze, perché essa, non comportando l'estinzione del diritto sottostante, non precluderebbe una successiva azione da parte della società o di altri soci. E, per le stesse ragioni, sarebbe legittimo domandarsi per quale motivo la legge dovrebbe incoraggiare una simile decisione.

Il quadro normativo potrebbe, quindi, essere riportato a coerenza permettendo alla società di aderire alla proposta di rinuncia e transazione avanzata dalla minoranza⁴⁵. In pratica, ove quest'ultima, promuovendo un giudizio sulla responsabilità degli amministratori, si faccia promotrice dell'interesse della società in qualità di suo sostituto processuale, la stessa società dovrà essere chiamata in causa (in quanto litisconsorte necessaria), giacché gli effetti del giudicato, come si ricordava, sono ad essa direttamente opponibili. Pertanto, i soci possono rinunciare all'azione e transigerla solo con il consenso della società titolare del diritto: possono disporre del diritto sostanziale di credito di cui è titolare la società, ma richiedendo sulla rinuncia ovvero sulla transazione l'approvazione dell'assemblea, poiché la società è l'unica titolare di tale diritto e solo alla società spetta deliberare in assemblea secondo le regole di cui all'art. 2393, comma 6, c.c.

In questa prospettiva, il rinvio dell'art. 2393-*bis*, comma 7, c.c. all'ultimo comma dell'art. 2393 c.c. risulterebbe tutt'altro che superfluo. Anzi, tale richiamo renderebbe indispensabile il procedimento deliberativo applicabile alle decisioni della società sulla responsabilità degli amministratori anche alle proposte di rinuncia e transazione della minoranza, nel senso che dette proposte dovranno essere approvate dall'assemblea con delibera espressa e senza che consti il voto contrario di una parte del capitale nelle percentuali già indicate, perché queste sono le condizioni che la legge impone alla società per rinunciare o tran-

na l'irrinunciabilità, di modo che la categoria dei diritti irrinunciabili si risolve in quella dei diritti indisponibili.

⁴⁵ Prospetta questa soluzione anche A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 641 ss.

sigere e perché la rinuncia o la transazione abbiano effetto nei confronti di tutti coloro che sono legittimati ad esperire l'azione sociale di responsabilità⁴⁶. E tale procedimento comporta che, qualora il rappresentante comune degli azionisti (nominato ai sensi dell'art. 2393-bis, comma 4, c.c.) richieda agli amministratori di sottoporre all'assemblea la proposta di transigere sull'azione sociale di responsabilità o di rinunciarvi, questi ultimi saranno senz'altro tenuti a convocare l'assemblea, anche nell'ipotesi in cui i soci di minoranza, benché legittimati ad esperire l'azione sociale di responsabilità, non rappresentino la percentuale richiesta dall'art. 2367, comma 1, c.c. per la convocazione su richiesta dei soci o dallo statuto.

Questa interpretazione, si è scritto, presenta diversi vantaggi: *a)* conferire un soddisfacente grado di certezza alle situazioni giuridiche che hanno origine dalla rinuncia e dalla transazione; *b)* favorire la risoluzione di eventuali controversie tra amministratori e società (in quanto implica la piena disponibilità del diritto sostanziale di credito); *c)* evitare che la minoranza manifesti «interessi potenzialmente divergenti rispetto a quelli della società in merito ad un diritto sostanziale del quale essa è l'unica titolare»⁴⁷. Di certo essa spiegherebbe perché la competenza dell'assemblea a deliberare in merito deve considerarsi inderogabile⁴⁸ e, allo stesso tempo, può concorrere a bilanciare i poteri della maggioranza e della minoranza all'interno dell'assemblea in conformità a quella che, secondo una recente formulazione di cui si è voluto dare conto, è la cosiddetta "funzione organizzativa" della disciplina sulla rinuncia - funzione di cui sarebbero indici primari le aliquote di cui agli artt. 2393, ultimo comma e 2393-bis, commi 1 e 2, c.c. (e, forse, anche quella indicata all'art. 2476, comma 5, c.c.)⁴⁹

⁴⁶ Si v. al riguardo A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 642; S. FORTUNATO, *Le azioni sociali di responsabilità*, relazione tenuta presso l'Università di Saragozza nell'ambito del convegno "Dialoghi europei sulla convergenza nelle regole e pratiche del diritto commerciale" (2-3 ottobre 2008), p. 10.

⁴⁷ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 35

⁴⁸ Si v. *infra*, in questo capitolo, § 3.

⁴⁹ Se, come è stato suggerito, sul piano della *ratio*, la disciplina di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c. può essere accostata a quella dettata dall'art. 2476, comma 5, c.c., e se è vero che «il rapporto intercorrente tra l'azione sociale promossa dalla società e dai soci è il medesimo [...] nei

Quando si parla di rinuncia all'azione sociale di responsabilità, infatti, il problema di fondo è stabilire quale sia il soggetto legittimato a disporre della pretesa risarcitoria nei confronti degli amministratori. Al riguardo, è stato evidenziato che la mancanza del voto contrario di una minoranza qualificata ovvero, nel caso in cui sia stato adottato il sistema di amministrazione e controllo di tipo dualistico, l'approvazione di una maggioranza superiore all'80% del capitale sociale, sono condizioni che la società dovrebbe rispettare anche nell'ipotesi in cui l'assemblea straordinaria dovesse introdurre nello statuto una clausola di esonero dalla responsabilità *ex art. 2392 c.c.* e, di conseguenza, che «l'art. 2393, ultimo comma, c.c., pur riferito alle sole rinunce o transazioni (*ex post*) non pone un semplice requisito formale, ma definisce, seppur in negativo, il soggetto che può validamente disporre dell'interesse tutelato dagli artt. 2392 e 2393 c.c.»⁵⁰

Su questo versante ci si è chiesti se la previsione di cui all'art. 2393, ultimo comma, possa essere estesa anche alle delibere sugli atti riservati dalla legge alla competenza dell'assemblea. I presupposti logico-giuridici di tale quesito risiedono, di nuovo, nell'esigenza di tutelare la minoranza azionaria: stante il fatto che l'esecuzione di una delibera valida ma contraria ai principi di diligente gestione, assunta ai sensi dell'art. 2364, comma 5, c.c., precluderebbe l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità⁵¹, ci si è chiesti, cioè, se un simile effetto "liberatorio" non possa danneggiare in qualche modo i soci che non hanno condiviso la decisione della maggioranza e, quindi, se non si debba intervenire (per così dire, "a monte") sul procedimento deliberativo, concedendo alla minoranza la possibilità di opporre il proprio veto in assemblea.

Secondo la dottrina prevalente, tuttavia, non vi sarebbe ragione di applicare l'art. 2393, ultimo comma, alle delibere appena menzionate.

due tipi» (O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, p. 1887), non vi sarebbe ragione per non invocare la medesima soluzione anche nell'ipotesi in cui sia il socio di società a responsabilità limitata a rinunciare all'azione.

⁵⁰ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 290.

⁵¹ Si v. *infra*, § 5.

In particolare, si è obiettato che la delibera dell'assemblea, in questo caso, «non ha, neppure in via mediata, per oggetto né la liberazione degli amministratori da una loro responsabilità né l'approvazione del loro operato, ma solo la decisione sul compimento di un atto di gestione»⁵²: obbligando gli amministratori ad adottare un determinato provvedimento che viene «sottratto alla loro autonomia decisionale»⁵³, l'assemblea dei soci non si trova a disporre di un proprio diritto di credito né tantomeno della pretesa risarcitoria sottesa all'art. 2393 c.c., perché, a differenza di quel che avviene (meglio: dovrebbe avvenire) in sede di rinuncia o transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità, non è possibile sapere se «le operazioni illustrate all'assemblea e successivamente eseguite dagli amministratori siano dannose»⁵⁴.

Sul punto si può accogliere, a mo' di sintesi e di indicazione di massima per l'interprete, una lapidaria ma efficace osservazione, ossia che il trasferimento in capo all'assemblea dei soci di competenze spettanti agli amministratori non può «comportare una lesione dell'interesse della minoranza al di là dei limiti in cui tale interesse trova tutela nell'ordinamento»⁵⁵.

Ma se, d'altro canto, è possibile – come è possibile – rinvenire nel tessuto normativo un qualche strumento che valga a temperare il potere della maggioranza, esso può essere individuato nella discussione fra i soci che precede la delibera sull'atto di gestione⁵⁶ e, più precisamente, nei limiti che il combinato disposto degli artt. 1175, 1375, 2373 e 2377 c.c. pone, per l'appunto, al principio maggioritario.

Verrebbe così a delinarsi un meccanismo di tutela per le minoranze, consistente nell'impugnazione della delibera assembleare (o nell'azione di ri-

⁵² V. CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, p. 263.

⁵³ V. CALANDRA BONAURA, *op. loc. cit.*

⁵⁴ A TINA, *op. ult. cit.*, p. 246, n. 52, il quale, per i motivi sopra esposti, esclude che la previsione di cui all'art. 2409-*decies*, ultimo comma, c.c. rappresenti un ostacolo all'effetto liberatorio della delibera assembleare.

⁵⁵ V. CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, p. 26. Conf. P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, III, 1, Torino, 1994, p. 35; P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 124, n. 39 e p. 191 ss.

⁵⁶ Si v. anche *infra*, in questo capitolo, sez. II, § 5.

sarcimento del danno) *ex art. 2377 c.c.*, «sostanzialmente più efficace»⁵⁷ di quello rappresentato dal diritto di veto previsto dall'art. 2393, ultimo comma, c.c. (cui si aggiunge, in virtù del collegamento funzionale poc' anzi descritto, l'eventuale azione di responsabilità *ex art. 2393-bis c.c.*).

In primo luogo, poiché i soci hanno ovviamente diritto ad ottenere ogni informazione disponibile sugli atti conseguenti ad una decisione in materia gestoria che la legge attribuisca alla loro competenza, nel ricorrere all'assemblea gli amministratori sarebbero obbligati a spiegare le ragioni dell'operazione, in modo tale che anche i soci assenti o dissenzienti possano appurare se la successiva delibera sia viziata da un conflitto d'interessi o sia frutto di un abuso della maggioranza⁵⁸.

In secondo luogo, il richiamo ai principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)⁵⁹ consentirebbe di valutare la legittimità, «intesa in senso ampio», della deliberazione assembleare non solo in presenza di un interesse extrasociale di cui si facciano portatori uno o più soci, ma anche nel caso in cui l'operazione si riveli manifestamente irragionevole e, dunque, la delibera non sia conforme all'interesse sociale.

Ove una simile ipotesi dovesse concretizzarsi, le azioni di cui all'art. 2377 c.c. (impugnazione o risarcimento del danno) potrebbero precedere il compimento dell'operazione contraria all'art. 2392 c.c., impedendone eventualmente l'esecuzione. E dal momento che tale rimedio può essere esperito da una minoranza qualificata inferiore a quella richiesta per far valere la responsabilità degli amministratori, le azioni di cui agli artt. 2393 e 2393-*bis* dovrebbero considerarsi «riassorbite» nella disciplina dettata dallo stesso art. 2377 c.c.

In breve, affinché la delibera assembleare assunta ai sensi dell'art. 2364, comma 5, c.c. possa, vincolando gli amministratori, escluderne la responsabi-

⁵⁷ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 247.

⁵⁸ Come rileva A. TINA, *op. loc. ult. cit.*, citando a sostegno V. CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, p. 262. Si v. anche *infra*, in questo capitolo, sez. II, § 5.

⁵⁹ A prescindere dalla natura (reale od obbligatoria) del rimedio esperibile per sanzionarne la violazione.

tà⁶⁰, è «necessario e sufficiente» che la decisione sia definitivamente efficace, e che gli amministratori abbiano provveduto a dichiarare le ragioni che sorreggono l'operazione e ad illustrarne le possibili conseguenze.

3. La responsabilità degli amministratori fra imperatività e derogabilità.

Com'è noto, la dottrina⁶¹ e la giurisprudenza⁶² prevalenti negano che la società possa escludere o limitare in via preventiva la responsabilità degli am-

⁶⁰ È la tesi sostenuta da A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 234 e da D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, 3, 2, 1993, Torino, p. 90, n. 39, il quale ritiene che il consenso di tutti i soci, implicito nella mancata impugnazione della delibera nei termini previsti, trasformerebbe «gli obblighi degli amministratori rispetto all'esecuzione delle delibere». Secondo un diverso orientamento dottrinale, invece, gli amministratori non solo dovrebbero rifiutare l'esecuzione delle delibere invalide e dannose ma, essendo tenuti per legge ad impedire il compimento di atti pregiudizievoli, dovrebbero anche impugnarle per evitare che queste vengano eseguite (si v. G. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 236; G. SCORZA, *Gli amministratori di società per azioni di fronte alle delibere invalide dell'assemblea*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 513 s.; A. BORGIOIOLI, *I direttori generali di società per azioni*, *cit.*, p. 282 s.; V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 218 s., p. 233; V. CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, p. 210; G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, III, 2, 1993, Torino, p. 326 e n. 10; M. FRANZONI, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XIX, Padova, 1994, p. 13; ID., *Gli amministratori e i sindaci*, *cit.*, p. 277 s.; F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 237, n. 11; G. GUERRIERI, sub art. 2377, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, 2004, p. 533; ID., *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano 2009, p. 356 ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.: la nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 185); qualora non lo facciano, essi dovrebbero essere considerati responsabili ai sensi dell'art. 2392 c.c., ma, come obietta A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 235 s., l'esercizio dell'azione sarebbe comunque precluso dal comportamento tenuto dai soci (ovvero dal collegio sindacale o dal consiglio di sorveglianza) che non abbiano impugnato tempestivamente la delibera, in quanto l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità sarebbe impedito dal divieto di *venire contra factum proprium* (si v. G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 237 s.; A. BORGIOIOLI, *L'amministrazione delegata*, *cit.*, p. 39; D. PREITE, *op. ult. cit.*, p. 90; P. ABBADESSA, *op. ult. cit.*, p. 38 s.; G. SBISÀ, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 455; L.G. PICONE, *Consenso dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 1998, 9, p. 1044 s.; F. ASTONE, *Impugnativa di bilancio e divieto di venire contra factum proprium*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 209 ss.) e, in ogni caso, dal principio generale di autoresponsabilità ricavabile dall'art. 1227 c.c. (cfr. R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 206 e n. 11, p. 214 e n. 14; F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 380; A. VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004, p. 348 s., n. 108).

ministratori *ex art.* 2392 c.c.⁶³. Le motivazioni addotte a fondamento di questa tesi possono essere riassunte nei seguenti termini: si osserva, da un lato, che la *ratio* della disciplina consiste nel tutelare l'interesse generale ad una corretta gestione della società; dall'altro, che la responsabilità degli amministratori si caratterizza per una funzione "dissuasiva" e "preventiva", prima ancora che risarcitoria, nella quale si rifletterebbe, dunque, un principio di ordine pubblico.

Volendo fornire qualche precisazione in merito, basti ricordare che, secondo un'autorevole opinione, quanto disposto dall'art. 2392 c.c. rientrerebbe

⁶¹ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1923, p. 359 ss.; A. SCIALOJA, *La prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori nella disciplina statutaria della società per azioni*, in ID., *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 385 s.; A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1938, p. 370; A. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 391; G. FRÈ, sub art. 2392, in G. FRÈ-G. SBISA, *Della società per azioni. Tomo I (Art. 2325-2409)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1997, p. 847; C. GIANATTASIO, *op. cit.*, c. 211 ss.; A. PIRAINO LETO, *L'autonomia privata nel diritto societario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1973, I, p. 420; R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 159; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, X, 3, 3° ed., Torino, 1987, p. 711; C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli, 1992, p. 107; M.C. BARTESAGHI, *op. cit.*, p. 167; M. FRANZONI, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XIX, Padova, 1994, p. 4; L.G. PICONE, *L'assunzione del debito da parte della società nella nuova disciplina delle sanzioni amministrative*, cit., p. 36 ss.; R. BERNABAI, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2005, p. 215 ss.; A. FRANCHI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 724 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonero dalla responsabilità*, Milano, 2014, p. 110 ss.

⁶² Cass., 18 maggio 2007, n. 11658, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 5; Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, cit.; Cass., 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 383; in *Foro it.*, 1988, I, c. 3349; in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1502; in *Società*, 1988, p. 476; App. Milano, 13 ottobre 1989, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 1050; Trib. Milano, 2 dicembre 2005, cit.; Trib. Milano, 10 febbraio 2000, in *Foro pad.*, 2000, I, p. 78, con nota di G. BATTISTI, *op. cit.*; in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 326, con nota di A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ult. comma, c.c.)*, cit.; Trib. Milano, 19 dicembre 1994, in *Gius*, 1995, p. 649, con nota di G. CHINÈ, *Promessa di manleva e responsabilità dell'amministratore di società di capitali*; Trib. Padova, 20 giugno 1989, in *Foro pad.*, 1989, I, c. 327; Trib. Milano, 14 aprile 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 158; in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 625; in *Società*, 1989, p. 938; Trib. Lecce, 8 marzo 1983, in *Società*, 1983, p. 1281; Trib. Milano, 3 maggio 1982, in *Società*, 1982, 1011; Trib. Milano, 14 settembre 1981, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 172; Trib. Milano, 21 aprile 1975, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 712.

⁶³ Le riflessioni che seguono, per quanto circoscritte alla normativa sulla società per azioni, si ritiene possano valere anche per la disciplina di cui all'art. 2476 c.c., dal momento che, con riferimento alla natura imperativa o derogabile della responsabilità degli amministratori verso la società, non è dato individuare peculiarità che permettano di distinguere il tipo della società a responsabilità limitata dal quello della società per azioni: cfr. A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 8 ss.; ID., *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società*, cit., p. 833, n. 2; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Tomo secondo (Artt. 2475-2483)*, cit., p. 1060 s.

nel novero di quelle norme che, in quanto volte a garantire «l'ordinato svolgimento e la ponderata determinazione dell'azione sociale», consentirebbero di tutelare non solo gli interessi dei soci, ma anche dei terzi e, da un punto di vista ancora più ampio, l'«interesse pubblico dell'economia generale»⁶⁴. Frequente, inoltre, è il richiamo al nesso fra la responsabilità limitata di cui godono i soci di una società di capitali e l'organizzazione corporativa quale elemento di identificazione dello stesso tipo sociale che, tramite il bilanciamento delle competenze e delle funzioni di controllo attribuite ai diversi organi della società, assicurerebbe, unita alla spersonalizzazione che connota le partecipazioni dei soci, la corretta gestione dell'impresa (obiettivo che nelle società di persone viene perseguito in forza della responsabilità illimitata di chi è incaricato di gestire la società); i soci non potrebbero, quindi, disporre di questo sistema senza rischi per i terzi⁶⁵.

La visione dell'organizzazione corporativa come elemento tipologico sul quale l'autonomia privata non potrebbe incidere, tuttavia, «non consente, in realtà, di escludere, né al contrario confermare, ogni margine di derogabilità (oggettiva) e di disponibilità (soggettiva) della responsabilità degli amministratori di società»⁶⁶.

Tralasciando qualsiasi valutazione sulla natura indissolubile del già citato nesso fra organizzazione corporativa e responsabilità limitata dei soci di società di capitali⁶⁷, si può innanzi tutto dare conto del fatto che il principio di tas-

⁶⁴ G. OPPO, *Contratti parasociali*, cit., p. 146.

⁶⁵ Cfr. ancora G. OPPO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ Così A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 101.

⁶⁷ Al riguardo cfr. i rilievi critici di F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, p. 209 ss. Sulla discutibile rilevanza di detto principio in rapporto al funzionamento interno di una società di capitali si v. anche F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 620; R. COSTI, *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969, p. 180 s.; G.B. PORTALE, *I conferimenti in natura "atipici"*, Milano, 1974, p. 18 s.; G. ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 131; R. SACCHI, *Sulla delega agli amministratori di società a responsabilità limitata della facoltà prevista dall'art. 2443 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 884; P.M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000, p. 43.

satività dei tipi sociali (art. 2249 c.c.) di certo vieta all'autonomia contrattuale di creare società atipiche, ma non impedisce la predisposizione di clausole atipiche, almeno finché queste non intacchino gli elementi essenziali del "tipo" in questione⁶⁸.

Fra questi elementi non sembra sia possibile includere la disciplina dettata dagli artt. 2392 e 2393 c.c., poiché la responsabilità degli amministratori (intesa come la responsabilità derivante dalla gestione di un patrimonio altrui) non contribuisce a differenziare il contratto di società rispetto a ogni altro rapporto di origine contrattuale (o non contrattuale) né, soprattutto, permette di distinguere tra società e società, trattandosi di una disciplina comune a tutti i tipi societari previsti dall'ordinamento. Pertanto si può affermare che la tipicità delle società, con riferimento alla natura derogabile o inderogabile delle norme in esame, è un principio del tutto neutro⁶⁹.

D'altro canto, posto che fra norme proprie del "tipo" e l'impossibilità di disporne non sembra sussistere una relazione improntata alla reciprocità (nel senso che l'indisponibilità discenderebbe dal valore identificante delle norme e non viceversa⁷⁰), è difficile credere che il regime di responsabilità degli amministratori di società rientri nella piena disponibilità di chi ad essi affida la gestione dell'attività d'impresa (cioè un'attività che è destinata a coinvolgere anche soggetti estranei alla compagine sociale): in base al combinato disposto degli artt. 1321, 1322 e 1372 c.c., non si può, infatti, escludere *a priori* che «la relativa disciplina sia posta a garanzia, anche solo indiretta e mediata, di interessi sì privati, ma ulteriori a quelli dei soci e, come tali, da questi indisponibili»⁷¹.

⁶⁸ Ne convengono P.M. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 44; F. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, p. 38; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 104; G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 145 ss.; A. PICCIAU, *Sulla validità, cit.*, p. 33 s.

⁶⁹ A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁰ P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1975, p. 5, n. 5. Conf. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 107.

⁷¹ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 105, n. 48. Si ricordi, a questo proposito, quanto scriveva P.G. JAEGER, *Il voto "divergente" nelle società per azioni*, Milano, 1976, p. 33 s., secondo cui l'autonomia privata può essere limitata non solo per un «contrasto con la struttura [tipologica] di un istituto», ma anche con i «"principi" che lo reggono».

Tuttavia, se davvero si volesse rintracciare nel diritto societario vigente un principio che dimostri il (presunto) carattere inderogabile delle norme dettate dagli artt. 2392 e 2393 c.c., non sarebbe sufficiente invocare un collegamento funzionale fra tale disciplina (ovvero la disciplina della società) e un interesse generale alla corretta gestione e al buon andamento dell'impresa che, facendo capo anche ai creditori della società (art. 2394 c.c.) e ai terzi con cui questa viene in contatto (art. 2395 c.c.), sarebbe indisponibile da parte dei soci. Muovendo da queste premesse sarebbe, infatti, pressoché inevitabile giungere alla conclusione che un preventivo esonero dalla responsabilità per eventuali danni da *mala gestio* equivarrebbe a liberare gli amministratori «dall'obbligo di adempiere quei doveri alla cui osservanza essi sono imperativamente tenuti di fronte alla società e ai terzi»⁷².

Una simile impostazione richiede, innanzi tutto, di definire un parametro per valutare la condotta degli amministratori, ossia l'interesse concreto cui essi dovrebbero tendere⁷³. Inoltre, parte della dottrina ha evidenziato che tutte le norme riguardanti l'organizzazione di una società per azioni (anzi, delle società in genere), perfino quelle derogabili o di carattere suppletivo, mirano ad assicurare l'operato diligente degli amministratori e il buon andamento dell'impresa sociale⁷⁴.

Anche l'interesse generale alla corretta gestione della società risulterebbe, dunque, un elemento, tutto sommato, neutro «rispetto alla discriminazione fra norme cogenti e norme derogabili»⁷⁵.

Per stabilire se la disciplina sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni sia sottratta o meno all'autonomia privata converrebbe, allora, cambiare i presupposti della discussione. E stante la complessità delle norme in

⁷² G. FRÈ, *op. loc. cit.*.

⁷³ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 106.

⁷⁴ D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, p. 152; G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 128; L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p. 263; A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁵ Così G. ZANARONE, *op. loc. ult. cit.*

materia (artt. 2393, 2394 e 2395 c.c.), uno spunto in questa direzione si può trovare in quell'orientamento secondo cui l'interesse generale alla corretta gestione dell'impresa sociale non è di per sé incompatibile con una deroga parziale e che gli interessi di soggetti terzi troverebbero in ogni caso «piena e autonoma protezione»⁷⁶.

Prima di procedere su questa linea di ragionamento, però, è forse il caso di soffermarsi sui concetti di norma imperativa, di norma inderogabile, di norma indisponibile e sulla loro importanza ai fini della riflessione che qui si vuole intraprendere.

Vale la pena puntualizzare, in primo luogo, che fra la nozione di norma imperativa e quella di norma inderogabile⁷⁷ non vi è una perfetta corrispondenza sul piano giuridico-formale⁷⁸, benché in questa sede si sia fatto più volte uso dei due concetti come se l'uno fosse il sinonimo dell'altro⁷⁹.

⁷⁶ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 107.

⁷⁷ Intendendosi per deroga l'ipotesi in cui «l'effetto disposto dal negozio è diverso da quello disposto dalla legge», poiché, secondo R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica (Settembre 1978-Agosto 1979). Studi*, a cura di F. VASSALLI-G. VISENTINI, Milano, 1981, p. 287, la deroga «importa disapplicazione di una norma di legge, implica un effetto diverso da quello che scaturisce dalla legge».

⁷⁸ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 5. Sul tema, che in questa sede sarebbe pressoché impossibile analizzare in modo soddisfacente, sia consentito rinviare a G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 139 ss.; M. NUZZO, voce «Negozio giuridico, IV) Negozio illecito», in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 6; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 87 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 60 s.; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 264 s.

⁷⁹ È noto, peraltro, che un contratto o un clausola contrari a una norma imperativa sono affetti da nullità: cfr., per tutti, R. MOSCHELLA, *op. loc. cit.*; G. VILLA, *op. cit.*, p. 87 ss. Al contrario, la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che la violazione di norme assolutamente inderogabili non comporta necessariamente la nullità del negozio (come indirettamente conferma lo stesso art. 1418, comma 1, c.c.): cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 437 ss.; R. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 315; V. MARICONDA, *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale*, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, 1, a cura di G. ALPA-M. BESSONE, Torino, 1991, p. 372 ss.; G. VILLA, *op. cit.*, p. 78 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISERRE, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, Torino, 1999, p. 155 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 1509 ss.; L. LONARDO, *op. cit.*, p. 112; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2002, p. 269 ss.; G. D'AMICO, voce «Nullità non testuale», in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 808 ss. Peraltro, onde stabilire in quali casi trovi applicazione la sanzione della nullità o la diversa sanzione indicata dalla «legge» (art. 1418, comma 1, ultima parte, c.c.), «è decisivo non

Un significato ancora diverso, poi, si è soliti dare, nella letteratura civilistica, al concetto di norma indisponibile, il quale presenta un peculiare tratto di affinità con quello di norma inderogabile: con entrambe le espressioni, infatti, «si guarda la situazione, dipendente dalla legge, dal versante del modo di essere dell'interesse protetto dalla norma; e quindi, dal versante della descrizione dei poteri dell'autonomia privata rispetto ai precetti legislativi»; per la precisione, il concetto di norma inderogabile mira a designare «la condizione dei poteri dell'autonomia privata rispetto ad un precetto legislativo che non può essere violato»⁸⁰. Con le nozioni di norma cogente e di norma imperativa, al contrario, la prospettiva si ribalta, giacché «la situazione è vista sotto il profilo della descrizione (o della qualificazione) del precetto che viene posto dalla norma, indipendentemente dal riferimento al modo di essere dell'interesse protetto dalla norma»⁸¹.

Le nozioni di norma inderogabile e di norma indisponibile sembrerebbero, dunque, coincidere, almeno in parte. Ma è assolutamente necessario specificare che se la prima di tali nozioni «ha contenuto più ampio ed è di portata più generale, in quanto indica la condizione di inviolabilità dell'interesse protetto», la seconda «indica che l'interesse protetto non può essere oggetto di atti di disposizione»⁸². Ora, fermo restando che la norma civile «non può mai essere considerata indisponibile in senso assoluto» ma, al contrario, «è sempre disponibi-

tanto quale sia lo scopo del divieto in assoluto, ma quale elemento del processo di scambio si muova in direzione contraria a quello scopo», sicché dovrebbe essere «naturale allora dedurre come il contrasto tra tale scopo ed alcuni elementi possa condurre a situazioni di incompatibilità, e quindi di nullità, e come viceversa il contrasto con altri elementi possa consentire la sopravvivenza del contratto, perché la situazione che ne deriva non determina la lesione di alcun divieto»: così G. VILLA, *op. cit.*, p. 137.

⁸⁰ E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 578 s.

⁸¹ E. RUSSO, *op. loc. ult. cit.* G. GITTI, *op. cit.*, p. 264, in proposito, puntualizza che «l'inderogabilità è un effetto, fra i vari possibili, dell'indisponibilità», e che inderogabilità «sta per immodificabilità della regolamentazione del contenuto di un diritto che, anche perciò, si può dire indisponibile se è vero che regolare il suo contenuto nell'ambito di un rapporto patrimoniale, anche pregresso, costituisce, in linea di principio, uno dei possibili effetti della disposizione per contratto».

⁸² E. RUSSO, *op. cit.*, p. 579.

le» (perché «la sua attuazione è sempre rimessa alla iniziativa del soggetto titolare dell'interesse protetto»⁸³), e, anzi, che la disponibilità della norma è la regola, mentre l'indisponibilità è l'eccezione (tanto da dover essere espressamente disposta dalla legge⁸⁴), va comunque chiarito un punto fondamentale, ossia che indisponibile, in realtà, «non è la norma ma il rapporto (la situazione di interesse protetto) costituito dalla norma»⁸⁵, e, in seconda battuta, che la nozione di norma indisponibile «riguarda esclusivamente le manifestazioni *espresse* di autonomia privata (che vengono vietate relativamente a certi rapporti)», sicché indisponibile è la norma (meglio ancora: il rapporto o la situazione) «il cui precetto non può essere derogato da manifestazioni espresse di autonomia privata»⁸⁶.

E un altro punto, adesso, va esplicitato.

Dalla considerazioni appena esposte sembra legittimo dedurre che mentre il carattere inderogabile di una norma «rappresenta un limite assoluto (cioè oggettivo) all'autonomia privata (indipendentemente, cioè, dal rapporto eventualmente sussistente tra il soggetto e l'interesse tutelato)», la sua indisponibilità rappresenta «(anche) un limite relativo (soggettivo), svincolato dalla eventuale natura imperativa della norma e legato esclusivamente al rapporto di titolarità o non titolarità tra il soggetto e l'interesse protetto»⁸⁷. Il che significa, in e-

⁸³ E. RUSSO, *op. loc. ult. cit.* Con riferimento alla nozione di norma imperativa cfr. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Milano, 2003, p. 57, il quale rileva che la caratteristica unitaria in grado di accomunare tutte le norme che si dicono imperative, anche quelle che prevedono sanzioni e rimedi diversi dalla nullità, è l'indisponibilità dell'interesse protetto dalla norma stessa e la sottrazione di tali rimedi alla libera scelta dei contraenti: non vi può essere, infatti, violazione di una norma imperativa «in quelle ipotesi in cui l'ordinamento, di fronte alla lesione per mezzo del contratto di interessi esclusivamente privati, attribuisce al singolo interessato la facoltà di scegliere se reagire o meno con strumenti che non sempre sono diretti a privare d'efficacia il negozio».

⁸⁴ E. RUSSO, *op. cit.*, p. 580. Così come, ancora secondo A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 358, anche le norme imperative hanno sempre carattere eccezionale.

⁸⁵ E. RUSSO, *op. cit.*, p. 578.

⁸⁶ E. RUSSO, *op. cit.*, p. 580 (il corsivo è dell'Autore).

⁸⁷ Così A. TINA, *op. cit.*, p. 5, n. 8. In merito è opportuno segnalare, per inciso, che la più dottrina recente ritiene inadeguato o comunque non decisivo il criterio della natura pubblica o privata dell'interesse protetto quale esclusivo criterio distintivo tra norme imperative e norme derogabili: cfr. G. VILLA, *op. cit.*, p. 121; A. GENTILI, *op. cit.*, p. 1509 s.; A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 46, 57; A. BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Il contratto in generale*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI-P. RESCIGNO, coordinato a A. ZOPPINI, III, 2, Milano, 2009, p. 967; M.

strema sintesi, che se l'interesse tutelato da una norma imperativa non è (sempre) disponibile, dell'interesse tutelato da una norma derogabile possono disporre solo i suoi titolari⁸⁸. Senza dimenticare, ovviamente che, «se, da un lato, il coinvolgimento di un interesse altrui nell'esercizio (o nel mancato esercizio di un diritto) ne esclude la concreta disponibilità da parte del titolare, dall'altro lato, la natura imperativa (o inderogabile) di una norma non è necessariamente collegata al carattere pubblico dell'interesse da questa perseguito e tutelato»⁸⁹.

Tanto premesso, si può dubitare che la disciplina sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni abbia natura imperativa o inderogabile. Allo stesso tempo non si può fare a meno di riconoscere che essa risulti «in concreto indisponibile alla luce della molteplicità di interessi (privati) potenzialmente coinvolti»⁹⁰. Ma ciò non implica che i soci non possano in qualche modo derogare in parte a questa disciplina mediante un apposito accordo (come un patto parasociale).

Qualche anno prima che la riforma del diritto societario entrasse in vigore, un illustre autore notava come l'ordine pubblico economico premesse «per l'inderogabilità di ogni disposizione dello statuto legale della società per azioni che sia suscettibile di incidere, attenuandola o rimuovendola, sulla protezione

RABITTI, sub *art. 1418*, in *Dei contratti in generale*, III, a cura di E. NAVARRETTA-A. ORESTANO, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, p. 525 s., n. 17. In particolare, si è osservato che «il criterio dell'interesse pubblico opera efficacemente per risolvere un problema preliminare, e cioè se sia possibile sostituire la norma dettata dalla legge con norme di creazione individuale [i.e. deroga]; una volta che si esca da questo ambito e si debba decidere su come influisca la violazione della norma imperativa [...] sulla validità del contratto, quel criterio diviene incerto e va sostituito con indici più sicuri»: cfr. G. VILLA, *op. cit.*, p. 90. In ogni caso Già R. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 317 s., evidenziava come, nonostante l'interesse privato tenda a prevalere su quello pubblico, quest'ultimo «sia pure in minima parte non manca mai (se non altro perché pubblico è l'interesse ad una società dove regni la giustizia)». Paiono rispecchiare questa concezione i rilievi di G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 385, secondo cui, «a meno di non voler dilatare la portata della formula "interesse pubblico" oltre i suoi naturali confini, anche tecnici (finendo in tal modo, per considerare pubblico, ogni interesse disciplinate dalle norme dell'ordinamento statale, per il solo fatto che una norma dello stato lo disciplini), non è difficile constatare come, tutt'altro che di rado, una norma imperativa venga posta a tutela anche di un interesse privato». Da ultimo si v. M. RABITTI, *op. cit.*, p. 537, n. 63.

⁸⁸ A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁹ A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰ A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

di interessi che, stabilmente o occasionalmente, si collocano in posizione di alterità rispetto all'interesse della società come, di momento in momento, realizzato da chi la governa»⁹¹.

In contrasto con questa tendenza si sono succeduti innumerevoli interventi legislativi accomunati dall'obiettivo di guadagnare spazio all'autonomia privata per arrivare alla riforma del 2003, i cui principi generali, nelle parole di uno dei suoi più autorevoli e attenti esegeti, «possono schematizzarsi, optando per i punti maggiormente significativi, nei seguenti obiettivi:

- a) creare una sistema "modulare" degli schemi societari anche attraverso un ampio riconoscimento dell'autonomia statutaria;
- b) introdurre una forte semplificazione della disciplina;
- c) favorire l'accesso ai mercati finanziari.»⁹²

Ne è emerso un sistema in cui «[l]a flessibilità dei modelli corrisponde all'idea di non irrigidire il rapporto tra tipologie economiche d'impresa e schemi giuridici e di lasciare invece agli operatori la scelta tra una pluralità articolata di moduli organizzativi»⁹³; un sistema in cui «[a]bbandonando la rigidità dei tipi si passa al *continuum* dei modelli»⁹⁴ e in cui le parti sono «libere di disporre dei propri interessi come meglio credono», a meno che, naturalmente, le regole sancite nei loro accordi non siano «destinate ad incidere più o meno profondamente su interessi altrui»⁹⁵, tutelati, direttamente o indirettamente, da norme che si assumono avere carattere imperativo (o indisponibile che dir si voglia).

In questo caso, per dimostrare che le parti non possono derogarvi, sarà necessario, in mancanza di un'espressa previsione di nullità, non solo identifi-

⁹¹ P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 718.

⁹² Si tratta di P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2003, p. 4 (da qui le successive citazioni in nota) e in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 60.

⁹³ P. MONTALENTI, *op. loc. ult. cit.*.

⁹⁴ P. MONTALENTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁵ Sono parole di F. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, p. 38. Dello stesso Autore si v. anche ID., *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma societaria*, in *La società per azioni oggi*, a cura di P. BALZARINI-G. CARCANO-M. VENTORUZZO, II, Milano, 2007, p. 729 ss. Conf. P.G. JAEGER, *Gli azionisti: spunti per una discussione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 26 s.

care di volta in volta gli interessi di cui il legislatore ha voluto farsi garante⁹⁶, ma anche accertare se nella disciplina in esame (in particolare per quanto concerne le sanzioni e i rimedi) sussista «uno specifico elemento di indisponibilità»⁹⁷, che può essere individuato, «a seconda delle circostanze, i) in una chiara e precisa “indicazione” del legislatore in tal senso a tutela di un interesse tanto pubblico quanto privato o, in caso contrario, ii) nella individuazione di un interesse di carattere generale alla cui tutela la disciplina è diretta»⁹⁸. Ove manchino dati univoci in tal senso, si deve presumere che la norma sia derogabile.

Va da sé che un'operazione interpretativa così delicata non può prescindere da una lettura sistematica delle disposizioni di legge⁹⁹, calibrando l'analisi sulla base degli elementi di cui si compone la fattispecie concreta e lasciando da parte qualunque giudizio preconstituito¹⁰⁰, che indurrebbe forse a intravedere un interesse generale anche laddove questo non c'è e, quindi, a qualificare arbitrariamente la norma come inderogabile¹⁰¹.

Esaminando in quest'ottica le previsioni di cui agli artt. 2392 e 2393 c.c., non sembra sia possibile rintracciare un interesse pubblico sovraordinato che renda imperativa tale disciplina e, quindi, nulla ogni convenzione che vi deroghi. Tuttavia, poiché l'attività di amministrazione (e la responsabilità che ne discende) potrebbe coinvolgere molteplici interessi (di natura privata, cioè quelli dei creditori e quelli dei terzi), riesce difficile credere che la società non debba rispettare alcun limite nel momento in cui l'assemblea delibera di rinunciare a

⁹⁶ A. ZOPPINI, *Due note in tema di interesse sociale e finanziamento delle società per azioni*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, p. 278.

⁹⁷ A. ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 46, 57. Conf. A. BARBA, *op. cit.*, p. 970; M. RABITTI, *op. cit.*, p. 542.

⁹⁸ A. TINA, *op. cit.*, p. 110 s.

⁹⁹ Come suggerisce G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 134.

¹⁰⁰ Cfr. A. CERRAI-A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 65.

¹⁰¹ Sotto questo aspetto non si può non tenere conto dei rilievi di F. D'ALESSANDRO, *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal codice civile*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1996, p. 237 e in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, II, Milano, 1997, p. 727, il quale, analizzando i principali orientamenti emersi in giurisprudenza a partire dall'entrata in vigore del codice civile, lamenta il «goffo emergere qua e là della concezione istituzionalistica» e un «postulato pullulare di norme inderogabili a tutela dei più evanescenti e fantasiosi interessi generali».

far valere un diritto di credito nei confronti di chi ha male esercitato quella stessa attività.

Detto limite sembra corrispondere, dunque, a quello che il legislatore ha imposto all'autonomia statutaria nel determinare la misura del capitale sociale necessaria per l'esercizio dell'azione di responsabilità *ex art. 2393-bis* c.c.¹⁰² e, di conseguenza, per esercitare il diritto di veto riconosciuto alla minoranza qualificata dall'art. 2393, ultimo comma, c.c.¹⁰³ La tutela di detta minoranza (un quarantesimo o un terzo del capitale sociale) sembra, infatti, necessaria e indisponibile nella misura in cui essa può trovare piena realizzazione soltanto attraverso il meccanismo di veto e il procedimento assembleare.

Ne deriva che la competenza dell'assemblea in merito alla rinuncia e alla transazione dell'azione sociale di responsabilità ha, di certo, natura imperativa¹⁰⁴. E tale principio dovrebbe valere non solo nella società per azioni, ma anche nella società a responsabilità limitata, nonostante l'inciso iniziale dell'art. 2476, comma 5, c.c. («Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo [...]»)¹⁰⁵: la dottrina prevalente sostiene, infatti, che le previsioni di cui all'art. 2476, comma 5, c.c. rappresentino «una tutela minima dei soci di minoranza, insuscettibile di essere compressa dall'autonomia statutaria con deroghe in senso “sfavorevole” per i titolari dell'interesse protetto»¹⁰⁶.

¹⁰² C. GARILLI, *L'azione sociale di responsabilità nei confronti dei consiglieri di sorveglianza*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 368.

¹⁰³ Si v. *supra*, in questo capitolo, § 1.

¹⁰⁴ Così A. TINA, *La rinuncia e la transazione dell'azione sociale di responsabilità in mancanza della preventiva delibera assembleare*, *cit.*, p. 40 e 42, n. 103, che propone di «ricondere l'art. 2393, ultimo comma, c.c. alla categoria delle norme organizzative, ordinarie o procedurali», ossia quelle norme la cui funzione è prescrivere « gli adempimenti necessari perché l'atto sia valido ed efficace oppure l'ordine temporale in cui devono essere compiuti gli atti preparatori che lo precedono» (A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 212). Sembra non condividere questa impostazione A. PICCIAU, *Sulla validità*, *cit.*, p. 30 ss. In argomento si v. anche, più in generale, R. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 279 ss.; E. RUSSO, *op. cit.*, p. 585.

¹⁰⁵ A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *cit.*, p. 40.

¹⁰⁶ V. PINTO, *op. cit.*, p. 693. In senso conforme G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Tomo secondo (Artt. 2475-2483)*, *cit.*, Milano, 2010, p. 1079; G. SCOGNAMIGLIO, *L'azione sociale di responsabilità*, *cit.*, p. 348 s.; R. TETI, *op. cit.*, p. 658. *Contra*, per tutti, S. DI AMATO, *op. cit.*, p. 296; C. MONTAGNANI, *op. cit.*, p. 106 (anche se in toni dubitativi).

Resta fermo, però, «che, se l'attribuzione del diritto di disporre del credito per i danni alla sola assemblea riveste carattere imperativo in quanto ispirata da una finalità pubblica di protezione dello strumento sociale, nell'attribuzione medesima di tale diritto lo scopo della norma si è esaurito»¹⁰⁷. Nella fase successiva, cioè l'attuazione del diritto così attribuito – giacché l'art. 2393, ultimo comma, c.c. «prevede l'attribuzione di un diritto e l'esigenza pubblica deve perciò ritenersi soddisfatta con l'attribuzione di questo»¹⁰⁸ – «si rientra nell'ambito della tutela (e, correlativamente, della lesione) di un interesse meramente privato»¹⁰⁹, quale è l'interesse della società¹¹⁰.

Non vi è dubbio, poi, che l'autonomia di cui godono i privati nello stipulare un accordo sia subordinata «non solo all'assenza di una norma imperativa (artt. 1322, primo comma, e 1418 c.c.) e alla piena ed esclusiva titolarità del corrispondente diritto (arg. ex artt. 1321 e 1372 c.c.), ma anche al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c.»¹¹¹. Di riflesso, l'autonomia statutaria dovrebbe arrestarsi di fronte al limite rappresentato da un interesse (pubblico o privato) diverso da quello della società, sia nell'ipotesi in cui questo interesse riceva direttamente protezione dall'ordinamento mediante apposite norme, sia nell'ipotesi in cui lo stesso interesse sia garantito soltanto in via mediata e potenziale. In altre parole, qualora un accordo che deroga alla disciplina

¹⁰⁷ P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 368.

¹⁰⁸ A. TINA, *La rinuncia e la transazione dell'azione sociale di responsabilità in mancanza della preventiva delibera assembleare*, cit., p. 41.

¹⁰⁹ R. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 318.

¹¹⁰ Cfr. P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 374, secondo cui «è la singola società che vede leso il proprio diritto ad ottenere per il tramite della deliberazione assembleare la stipulazione di un negozio regolare e conforme al proprio interesse: spetta, dunque, alla società stessa decidere se e come reagire a tale lesione». Conf. A. PICCIAU, *Sulla validità dei patti parasociali di rinuncia all'azione di responsabilità e di manleva nella s.p.a.* (bozza dattiloscritta di un articolo in corso di pubblicazione che si è potuto consultare per gentile concessione dell'Autore), p. 5 e p. 25, n. 63. Questa notazione richiama, infatti, le riflessioni di R. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 320, il quale osserva, in una prospettiva più ampia, che ogniqualvolta «una norma attribuisce un diritto (e ne determina il contenuto) e sotto il profilo per cui il diritto è attribuito, alla violazione della norma si sovrappone la lesione del diritto e perciò stesso esce di campo la regola dell'art. 1418 e la figura medesima dell'illiceità negoziale, ancorata alle ipotesi in cui il contrasto con la norma assume di per sé un valore negativo per l'ordinamento, in quanto diretta a salvaguardare l'interesse pubblico connesso ad un certo assetto dei rapporti privati».

¹¹¹ A. TINA, *L'esonerazione da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 113.

sulla responsabilità degli amministratori sia suscettibile di creare un danno a interessi che l'ordinamento considera meritevoli di tutela, esso dovrà essere dichiarato invalido ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Posto, dunque, che la disciplina sulla responsabilità degli amministratori non può considerarsi pienamente disponibile perché volta a conciliare gli interessi di più soggetti (artt. 2392, 2393, 2394 e 2395 c.c.), un'eventuale (e parziale) deroga in materia sarebbe subordinata «alla presenza di una serie di presupposti: *i*) alla natura di per sé privata dell'interesse sociale alla cui tutela è diretta la responsabilità degli amministratori *ex art.* 2392 c.c.; *ii*) all'esclusiva titolarità in capo alla società dei rimedi offerti dagli artt. 2392 e 2393 c.c.; *iii*) al giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. di ogni previsione negoziale che limiti o escluda la responsabilità degli amministratori nei confronti della società; *iv*) all'assenza di disposizioni normative da cui emerga chiaramente la volontà del legislatore di sottrarre la tutela dell'interesse sociale offerta dall'art. 2392 c.c. alla libera disponibilità dei soci, predisponendo in tal modo un sistema "pubblico" per la tutela di un interesse [...] "privato"»¹¹².

4. (Segue) *Le condizioni soggettive alla libera disponibilità della disciplina sulla responsabilità degli amministratori e il giudizio di meritevolezza o immeritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c.*

In merito al primo dei requisiti appena elencati, la dottrina ha più volte ribadito che l'interesse sociale non è un interesse di natura pubblica¹¹³. Di con-

¹¹² A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 115.

¹¹³ G. MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 132, 134; ID., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 798 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, p. 150, 295 ss., 319, 321; A. ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, Milano, 1977, p. 179 s.; L. JANNUCCI, *La disponibilità del patrimonio sociale da parte dei soci e l'art. 2256 c.c.*, Padova, 1984, p. 76 ss.; A. GAMBINO, *op. ult. cit.*, p. 232 e n. 121; D. PRELITE, *op. ult. cit.*, p. 9 ss.; P. SPADA, *op. ult. cit.*, p. 703 ss.; P. MARCHETTI, *Osservazioni sui profili socie-*

sequenza, se si condivide l'assunto in base al quale l'interesse sociale, alla cui tutela è preordinata la disciplina sulla responsabilità degli amministratori nei confronti della sola società, si risolve nell'"interesse comune dei soci in quanto tali"¹¹⁴ (rifiutando la concezione propria dell'istituzionalismo¹¹⁵), l'art. 2392 c.c., che tale interesse tutela, può essere considerato una norma derogabile e astrattamente disponibile.

Non sembra interferire con queste valutazioni la tesi che ravvisa nel diritto societario riformato una maggiore sensibilità per «interessi altri» da quelli

tari della bozza di TU dei mercati finanziari, in *Riv. soc.*, 1998, p. 141; F. D'ALESSANDRO, *Un nuovo ruolo per l'assemblea nella società per azioni*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso il nuovo diritto societario. Contributi per il dibattito*, Bologna, 2002, p. 155; ID., "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?", *cit.*, p. 41; D. CORAPI, *La riforma italiana delle società di capitali: modelli continentali, modelli di common law e modello comunitario*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, p. 95 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società*, II, Padova, 2003, p. 48 ss.; C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, *cit.*, p. 101 ss.; M. SCIUTO-P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, I, 1, *cit.*, p. 91 ss.; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 118.

¹¹⁴ Aderiscono a quest'orientamento A. CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea della società per azioni*, Milano, 1942, p. 193; T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 169 ss.; ID., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 1145 ss.; L. 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 ss.; G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'"interesse sociale" nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 314 ss.; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss.; P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 147; P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 88; A. PAVONE LA ROSA, *Profili della tutela degli azionisti*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 72 ss.; D. PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 440 ss., 451 ss.; ID., *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, *cit.*, p. 156 s., 189, 208 s., 224, 263, 267, 286; ID., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, *cit.*, p. 134; ID., *Investitori istituzionali e riforma del diritto delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 558, n. 209; F. BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 219 ss.; L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, *cit.*, p. 176 ss., p. 347 ss.; G. FERRARINI, *Valore per gli azionisti e governo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 464 ss.; F. GUERRERA, *Abuso del voto e del controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 248; E. SCIMEMI, *La vendita del voto nelle società per azioni*, Milano, 2003, p. 118; A. VICARI, *op. cit.*, p. 7 ss.; R. COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in *La responsabilità dell'impresa*, Milano, 2006, p. 87 s.; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 116.

¹¹⁵ Per una disamina più dettagliata sulla contrapposizione fra contrattualismo e istituzionalismo cfr. G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 693 ss.; A. GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società. Le offerte pubbliche in Italia e negli USA*, Milano, 2007, p. 120 ss.; F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema "contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 480 ss.; M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 669 ss.

dei soci¹¹⁶ (fra cui quelli degli *stakeholders*¹¹⁷), sicché, secondo altra parte della dottrina, potrebbe parlarsi di frammentazione dell'interesse sociale in una serie di «eterogenei interessi endosocietari»¹¹⁸: atteso che gli amministratori dovrebbero perseguire esclusivamente l'interesse comune dei soci in quanto tali, gli interessi di soggetti terzi non si imporrebbero come un limite funzionale alle scelte che gli organi sociali sono chiamati a compiere, bensì, piuttosto, come un limite tecnico esterno alla struttura della società¹¹⁹, «definito essenzialmente dalla legge e dall'autonomia delle parti»¹²⁰. Di un interesse sociale così inteso i soci potrebbero, quindi, liberamente disporre, mentre gli amministratori, da un lato, non potrebbero «adottare decisioni tese alla soddisfazione degli interessi di altri *stakeholders* in conflitto con l'interesse dei soci» e, dall'altro lato, dovrebbero «rispettare quegli interessi esterni imperativamente tutelati dall'ordinamento»¹²¹.

Anche la disciplina della legittimazione attiva all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità prevista dall'art. 2393 c.c. conferma la natura derogabile e disponibile della responsabilità degli amministratori di società per azioni *ex art.* 2392 c.c., giacché l'esercizio dell'azione è rimesso alla discrezionalità della maggioranza che, libera di pronunciarsi sulla sua opportunità, può decidere di ri-

¹¹⁶ È la tesi sostenuta da P. MONTALENTI, *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di M. RESCIGNO-A. SCIARRONE ALIBRANDI, Milano, 2004, p. 62; ID., *Le nuove regole di governance delle società per azioni: il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di N. ABRIANI-T. ONESTI, Milano, 2004, p. 48. Ma dello stesso Autore si v. anche ID., *Riflessioni in tema di persona giuridica in Diritto privato 1996. Condizioni generali e clausole vessatorie*, II, Padova, 1997, p. 681 s.; in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 587 s.; in P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, p. 29 s.; ID., *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 718 ss.; in *Studi in onore di Gastone Cottino*, II, Padova, 1997, p. 969 s.; in P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni, cit.*, p. 91 ss.

¹¹⁷ M. LAMANDINI, *Autonomia e vincoli di sistema nella emissione di strumenti finanziari da parte delle società per azioni e delle cooperative per azioni*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2003, I, p. 519.

¹¹⁸ In questi termini si esprime A. PISANI MASSAMORMILE, *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1300; in senso conforme F. CHIAPPETTA, *Finanziamento della società per azioni e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 671.

¹¹⁹ Cfr. P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 143 s.; ID., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, *cit.*, p. 800.

¹²⁰ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 133.

¹²¹ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 135.

nunciare o transigere in via definitiva ad ogni pretesa risarcitoria (salvo il voto contrario di una minoranza qualificata) persino, come si è visto¹²², nell'ipotesi in cui sia la stessa minoranza a portare in assemblea la proposta di non iniziare (o di non proseguire) un'eventuale azione giudiziaria. In questa prospettiva, dunque, la possibilità per la maggioranza assembleare di rinunciare o transigere in ordine all'azione sociale di responsabilità dimostrerebbe «non solo l'assenza di un interesse sovraordinato (o semplicemente estraneo) a quello dei soci, ma soprattutto la titolarità esclusiva in capo alla stessa società delle garanzie poste dall'art. 2392 c.c.»¹²³.

Si è giustamente rimarcato che la rinuncia «costituisce l'atto estremo della facoltà di disposizione che caratterizza il diritto soggettivo (patrimoniale)»¹²⁴. Allo stesso modo, la transazione può avere ad oggetto solo diritti e interessi liberamente disponibili (in virtù di quanto recita l'art. 1966, comma 2, c.c.).

Ebbene, malgrado la riforma del 2003 abbia esteso la legittimazione attiva ad esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, oltre che agli organi concorsuali in caso di apertura delle rispettive procedure e all'amministratore giudiziario, a una minoranza qualificata di soci e al collegio sindacale o al consiglio di sorveglianza (e in questo senso può dirsi superata l'esclusiva competenza dell'assemblea in materia), «[l']intervento di soggetti estranei alla compagine sociale non consente, di per sé solo, di ampliare la sfera degli interessi tutelati dagli artt. 2392 e 2393 c.c. e così individuare – ancorché indirettamente – un interesse generale alla corretta gestione della società»¹²⁵, perché gli organi concorsuali e quelli di controllo (sia interno che esterno) sarebbero spinti ad esperire tale rimedio «solo sulla base di valutazioni di opportunità volte al soddisfacimento degli interessi della società e, a seconda dei casi, dei creditori sociali, potendo così decidere anche di non agire»¹²⁶. Riguar-

¹²² Si v. *supra*, cap. I, § 2.

¹²³ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 143. Conf. A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 25.

¹²⁴ F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato. I. Parte generale, cit.*, p. 109.

¹²⁵ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 139.

¹²⁶ A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

do, poi, al diritto di veto attribuito alla minoranza, si è già avuto modo di spiegare che esso rappresenta un limite volto a garantire esclusivamente l'interesse sociale (nell'accezione poc'anzi illustrata) e, ovviamente, l'interesse della stessa minoranza.

Se nella disciplina positiva sulla responsabilità degli amministratori non sembrano esservi indici che portino a dubitare della tesi appena esposta, resta, però, da verificare se l'esonero dalla responsabilità *ex art. 2392 c.c.* possa costituire un accordo immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. per via del possibile contrasto con la funzione deterrente esercitata dalla responsabilità prevista nei confronti dei creditori sociali nonché dei singoli soci o terzi.

Sia nell'uno che nell'altro caso, qualora la società intendesse disporre del diritto di credito, il carattere autonomo attribuito dal legislatore alle azioni di responsabilità di cui, rispettivamente, agli artt. 2394 e 2395 c.c. lascerebbe del tutto impregiudicati gli interessi che queste norme mirano a preservare.

Per averne una prova quantomeno sotto il profilo formale, è sufficiente riportare il testo dell'art. 2395, primo comma c.c., secondo cui «[l]e disposizioni di dei precedenti articoli [fra i quali l'art. 2393, ultimo comma, c.c.] non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori». Ma anche trasponendo l'analisi sul piano sostanziale, la norma dimostra di presentare un contenuto precettivo proprio e distinto da quello dell'art. 2392 c.c.¹²⁷. Infatti, qualora la società sia chiamata a rispondere di fronte ai terzi o ai singoli soci direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori, questi non dovranno necessariamente essere ritenuti responsabili per aver violato il dovere di gestire diligentemente la società, non foss'altro perché, mentre l'art. 2392 ingiunge agli amministratori di perseguire l'interesse sociale, la norma di cui all'art. 2395 c.c. ripropone, dal punto di vista causale, lo schema del precetto *alterum non laedere*, che, com'è noto, rinviene il proprio fondamento

¹²⁷ F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, p. 242 s..

normativo nell'art. 2043 c.c.¹²⁸ Pertanto, la violazione dell'art. 2395 c.c. si affiancherebbe ad una responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. «solo qualora, anche in considerazione dell'onere risarcitorio incombente sulla società, quest'ultima possa complessivamente subire un effettivo pregiudizio»¹²⁹.

Anche per quanto concerne l'azione sociale esercitata dai creditori non sembra essere in discussione che, sul piano formale, il giudizio di responsabilità abbia natura autonoma rispetto a quello previsto dall'art. 2392, giacché all'art. 2394, terzo comma, prima parte, c.c. si legge che «[l]a rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali».

Ma neppure sul piano sostanziale l'autonomia del giudizio verrebbe meno: se si è disposti ad accettare l'idea per cui il dovere generale di gestire con diligenza la società ai sensi dell'art. 2392 c.c. (che consiste, prima di tutto, nel realizzare un valore a beneficio dei soci) non coincide con il dovere di conservare l'integrità del patrimonio sociale¹³⁰, si dovrebbe anche ammettere che gli amministratori, nell'esercitare la loro attività, non sono tenuti ad astenersi da tutte quelle operazioni che potrebbero intaccare le risorse finanziarie della società¹³¹, bensì soltanto ad evitare di prendere decisioni che, in un'ottica *ex ante*, potrebbero reputarsi idonee a diminuire la garanzia rappresentata dal patrimonio sociale¹³², giacché il danno che integra il presupposto dell'azione di cui all'art. 2394 c.c. corrisponde alla differenza negativa tra il patrimonio sociale e l'esposizione debitoria della società. La differenza che intercorre fra il dovere di gestire la società e il dovere di conservare l'integrità del patrimonio sociale si ri-

¹²⁸ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 169, rifacendosi ai rilievi di A. BORGIOI, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 703.

¹²⁹ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 170.

¹³⁰ Per approfondimenti sul punto cfr. V. CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, p. 224 s.; F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 221 s.; B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, III, Torino, 2007, p. 625 s.

¹³¹ M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, p. 49.

¹³² B. LIBONATI, *op. ult. cit.*, p. 627; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 178.

fletterebbe, d'altro canto, nel nuovo testo dell'art. 2486, comma 1, c.c., secondo cui, al sorgere di una causa di scioglimento, gli amministratori mantengono «il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale»: il che denoterebbe una difformità fra i doveri gravanti sugli amministratori (*ex art. 2392 c.c.*) prima del manifestarsi di una causa di scioglimento e il dovere di conservare la garanzia patrimoniale volta a soddisfare le ragioni dei creditori.

In breve, data l'autonomia e l'indipendenza che connotano ciascuna delle azioni di responsabilità previste dagli artt. 2392, 2394 e 2395 c.c., non si comprende perché un qualsiasi accordo in deroga alla disciplina sulla responsabilità degli amministratori *ex art. 2392 c.c.* dovrebbe essere considerato per ciò solo immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., poiché tale accordo non comprometterebbe in alcun modo l'effetto deterrente esercitato dal giudizio di responsabilità promosso dai creditori, dai singoli soci o dai terzi¹³³.

Resta, infine, da appurare se nel nostro diritto societario vi siano o meno norme che vietano espressamente di disporre in via preventiva della responsabilità degli amministratori nei confronti della società. In questo senso potrebbe forse deporre l'art. 2409, comma 5, c.c., che sancisce la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione sociale da parte dell'amministratore giudiziario nel contesto di una procedura attivabile anche su iniziativa del pubblico ministero (ai sensi del comma 7), e il già citato art. 2364, comma 5, c.c., in quanto l'irrilevanza dell'autorizzazione assembleare ai fini di un preventivo esonero dalla responsabilità in favore degli amministratori rivelerebbe la volontà del legislatore di garantire in ogni caso il diritto al risarcimento eventualmente spettante ai soci per danni da *mala gestio* (salvo espressa rinuncia).

¹³³ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 184; A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 27 ss., secondo cui, dato il carattere derogabile delle norme che regolano il rapporto tra l'organo di gestione e la società, sarebbero validi sia i patti di rinuncia che intervegano anteriormente alla condotta dell'amministratore sia eventuali clausole volte ad ammettere, nel solo rapporto interno con la società, un adempimento dell'amministratore secondo una diligenza inferiore alla natura dell'incarico o alle sue specifiche competenze.

Tali previsioni non sembrano però in sé decisive: in primo luogo va rimarcato che l'azione sociale di responsabilità promossa dall'amministratore giudiziario non costituisce un passaggio obbligato ma solo eventuale della procedura disciplinata dall'art. 2409 c.c. che, anzi, resta del tutto autonoma. Sarebbe così ragionevole supporre «che gli interessi tutelati dall'art. 2409 e dall'art. 2392 c.c. non coincidano necessariamente e che, di conseguenza, i primi non si esauriscano nei secondi»¹³⁴.

Deve aggiungersi, però, che, come la dottrina non ha mancato di rilevare, la riforma delle società di capitali avrebbe finito col ridimensionare in misura consistente il carattere pubblico del controllo giudiziario sull'attività degli amministratori¹³⁵. Due dati sembrano avvalorare questa tesi: i) la legittimazione attiva del pubblico ministero (in cui molti hanno voluto vedere uno strumento di tutela per le minoranze che non siano in grado di promuovere l'azione *ex art. 2393-bis* c.c.¹³⁶) viene circoscritta alle sole società che fanno ricorso al mercato

¹³⁴ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 186.

¹³⁵ Cfr. F. MAINETTI, *sub art. 2409*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 928; M. SPERANZIN, *Denuncia al tribunale, stato di liquidazione della società e riforma del diritto societario* (nota a Trib. Venezia, 27 gennaio 2004), in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 546 ss.; L. ABETE, *Le gravi irregolarità nel novellato testo dell'art. 2409 c.c.: brevi riflessioni*, in *Società*, 2004, p. 1478 ss.; G. CANALE, *Il "nuovo" procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (Numero speciale: "Diritto e processo commerciale"), 2005, p. 76 ss.; G.U. TEDESCHI, *Il nuovo art. 2409 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 694; M.G. PAOLUCCI, *sub art. 2409*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, II, Padova, 2005, p. 1007 s.; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le "gravi irregolarità" nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005, p. 31 s.; M. CERA, *I controlli nelle società di capitali "chiuse" fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 375 ss.; F. ACCETTELLA, *Il "nuovo" controllo giudiziario: presupposti oggettivi ed interessi tutelati*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 963; S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, III, Torino, 2007, p. 48; G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, *ivi*, p. 107 ss. In giurisprudenza si v. Trib. Napoli, 22 giugno 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 949, con nota di F. ACCETTELLA, *op. cit.*

¹³⁶ V. SALAFIA, *sub art. 2409*, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2005, p. 310; M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 cod. civ.*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1214; F. MAINETTI, *op. ult. cit.*, p. 956; A. MATONTI-M. PANUCCI, *Inammissibilità della denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l.* (nota a Corte cost., 14 dicembre 2005, n. 481), in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 80; M. LUBBRANO, *Simultanea presenza di amministratori elettivi e di nomina giudiziaria: una "coabitazione" ammissibile ex art. 2409 c.c.?* (nota a Trib. Lucera, 12 luglio 2002), in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 545 e n. 6; M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006, p. 294; N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 89 ss.

del capitale di rischio¹³⁷; ii) ai sensi dell'art. 2409, comma 3, c.c., la società, nel caso in cui sia necessario sostituire gli amministratori e i sindaci, potrebbe chiedere al tribunale di sospendere per un periodo determinato la procedura allo scopo di accertare ed eliminare le gravi irregolarità commesse da questi ultimi, impedendo un'eventuale azione da parte dell'amministratore giudiziario e, quindi, riducendo sensibilmente l'effetto deterrente di un rimedio che si vorrebbe posto a presidio dell'interesse ad una corretta amministrazione. Inoltre, il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. e l'azione sociale di responsabilità promossa dall'amministratore giudiziario presentano caratteristiche differenti in termini di presupposti applicativi, giacché l'art. 2409 c.c. non mira a sanzionare qualsiasi inosservanza dei doveri imposti agli amministratori (art. 2392 c.c.), bensì, soltanto «gravi irregolarità», e la nomina dell'amministratore giudiziario, cui verrebbe devoluta la competenza ad esercitare l'azione sociale di responsabilità, è prevista soltanto «nei casi più gravi» (art. 2409, comma 4, c.c.).

Da queste sommarie riflessioni può desumersi, quindi, che la procedura *ex art. 2409 c.c.* e la parziale legittimazione del pubblico ministero ad agire nei confronti degli amministratori non sembrano interdire la possibilità di disporre *ex ante* dell'azione sociale disciplinata dagli artt. 2392 e 2393 c.c.

5. (Segue) *La preventiva autorizzazione dell'assemblea e la responsabilità degli amministratori verso la società per gli atti compiuti.*

Un ulteriore dato su cui occorre soffermarsi concerne la nuova disciplina dettata dall'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., che definisce il rapporto tra assemblea e amministratori: com'è noto, il legislatore ha specificato nell'inciso finale («[...] ferma in ogni caso la responsabilità [degli amministratori] per gli atti compiuti») che una delibera dell'assemblea sugli oggetti attribuiti dalla legge alla sua

¹³⁷ V. in proposito i rilievi di C. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 135 e A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 191.

competenza o sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori non sottrarrebbe costoro ad un'azione di responsabilità.

L'art. 2364, comma 1, n. 5., c.c., parrebbe, dunque, del tutto incompatibile non solo con la possibilità per la maggioranza assembleare di incidere anche solo indirettamente sulla responsabilità *ex art.* 2392 c.c., ma con ogni atto di disposizione *ex ante* della pretesa risarcitoria vantata dalla società nei confronti degli amministratori.

Non sussistono dubbi sul fatto che l'art. 2364, n. 5, c.c. si riferisca anche alla responsabilità degli amministratori verso la società, così come è pacifico che la società non possa disporre in alcun modo della responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali e i terzi di cui agli artt. 2394 e 2395 c.c., in quanto si tratta di norme dettate a tutela di interessi estranei a quelli dei soci e, quindi, indisponibili.

Tuttavia, occorre innanzi tutto osservare che l'indisponibilità *ex ante* della responsabilità degli amministratori non può essere ricondotta semplicemente all'esigenza di tutelare le minoranze sociali, che autorevole dottrina avrebbe individuato in un possibile collegamento fra l'art. 2364, comma 1, n. 5 c.c. e la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità riconosciuta a una minoranza qualificata¹³⁸ (e da qui verrebbe l'assunto per cui non potrebbe invocarsi il principio espresso dal brocardo «*Nemo potest venire contra factum pro-*

¹³⁸ Cfr. P. ABBADESSA, *Il nuovo ruolo dell'assemblea nella società per azioni*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso il nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, a cura di P. BENAZZO-F. GHEZZI-S. PATRIARCA, Bologna, 2002, p. 172; V. CALANDRA BONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 539; V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, p. 444, n. 12; M. SCIUTO-P. SPADA, *op. cit.*, p. 64; F. PASQUARIELLO, *sub artt. 2364-2366*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, 2005, p. 445; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 11.

prium» per sostenere che l'esercizio dell'azione sociale sarebbe precluso da una delibera dell'assemblea in materia di gestione¹³⁹).

Il combinato disposto degli artt. 2393, ultimo comma, e 2393-*bis*, commi 1 e 2, infatti, sembrerebbe «più correttamente determinare un diritto della minoranza “invulnerabile” da parte di una deliberazione assembleare assunta semplicemente a maggioranza, ma un diritto pur sempre rinunciabile», nel senso che «anche ammettendo un effettivo legame tra gli artt. 2364, n. 5 e 2393-*bis* c.c. sarebbe comunque possibile esonerare gli amministratori dalle loro responsabilità verso la società qualora, ad esempio, la delibera assembleare – che approva preventivamente le scelte degli amministratori o introduce una clausola statutaria di esonero (art. 1229 c.c.) – sia assunta in mancanza del voto contrario di una percentuale del capitale sociale pari a quella richiesta dall'art. 2393-*bis*, primo e secondo comma, c.c. per l'esercizio dell'azione di responsabilità (o più propriamente dall'art. 2393, ultimo comma, c.c. per il potere di veto di ogni atto dispositivo della pretesa risarcitoria della società)»¹⁴⁰.

Posto che, al contrario di quanto consentiva il diritto societario previgente, i soci non possono estendere le competenze gestorie dell'assemblea così come definite dalla legge, ma possono soltanto, in forza di un'espressa e specifica clausola dello statuto, limitarne l'esercizio a una preventiva autorizzazione di atti e decisioni che, ai sensi degli artt. 2380-*bis*, 2409-*novies* e 2409-*septiesdecies*, spettano esclusivamente agli amministratori¹⁴¹, non vi è dubbio che la libertà di

¹³⁹ P. ABBADESSA, *Il nuovo ruolo dell'assemblea nella società per azioni*, cit., p. 172; V. CALANDRA BONAURA, *op. loc. ult. cit.*; G.B. PORTALE, *op. loc. ult. cit.* Prima della riforma del 2003, richiamavano il divieto di *venire contra factum proprium* G. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, cit., p. 236 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 176; A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 193; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 38; F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, VII, Padova, 1988, p. 222.

¹⁴⁰ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 202.

¹⁴¹ Sulla riduzione delle competenze gestionali dell'assemblea cfr., per tutti, G.D. MOSCO, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO-S. PATRIARCA-G. PRESTI, Milano, 2003, p. 128 ss.; P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 542 ss.; B. PETRAZZINI, *sub artt. 2364 e 2364-bis*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 478

cui godono gli amministratori nel decidere se eseguire o non eseguire la delibera non elide la loro responsabilità per aver comunque posto in essere l'atto autorizzato¹⁴², in quanto la maggioranza assembleare, nell'esprimere una valutazione preliminare sull'atto sottoposto alla sua attenzione, autorizzandolo, si affida, comunque, alla scelta responsabile degli amministratori «e, in definitiva, al meccanismo di controllo previsto dall'art. 2392 c.c.», senza ingerirsi nella gestione e «senza assumersi, quindi, in alcun modo il rischio (e la responsabilità) dell'operazione autorizzata»; ne consegue che «[l']autonomia e la discrezionalità nel valutare l'opportunità di dare corso alle decisioni assembleari mantengono ferma la responsabilità degli amministratori nei confronti della società per gli atti compiuti, senza che sia possibile, del resto, ravvisare un comportamento contraddittorio (contrario a buona fede) da parte della stessa società (o dei soci), che in un secondo momento promuova (o votino o esercitino) l'azione sociale di responsabilità»¹⁴³ e, dunque, senza che possa configurarsi una violazione o una deroga del divieto di *venire contra factum proprium* in caso di successivo esercizio dell'azione di responsabilità¹⁴⁴.

Invece, ove l'assemblea dovesse deliberare, ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5), prima parte, sugli «oggetti attribuiti dalla legge alla [sua] competenza»,

ss.; ID., sub art. 2365, *ivi*, p. 486 ss.; N. ABRIANI, sub art. 2380-bis, *ivi*, p. 672 s.; C. MONTAGNANI, sub art. 2364 e 2364-bis, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, p. 449 ss.; ID., sub art. 2365, *ivi*, p. 462 ss.; A. DE NICOLA, sub art. 2380-bis, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, p. 92 ss.; G.B. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 22.

¹⁴² Cfr. a questo proposito i rilievi di V. CALANDRA BONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, *cit.*, p. 154, secondo cui «[l]ogica e ragionevolezza vorrebbero, infatti, che, se l'amministratore conserva autonomia nel decidere se uniformarsi o disattendere le direttive dei soci, debba anche sopportare comunque le conseguenze della scelta effettuata».

¹⁴³ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 208. Nel sistema previgente sostenevano questa tesi A. BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, *cit.*, p. 38; F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974, p. 281 s. e ritenevano che, in caso di autorizzazione da parte dell'assemblea, l'atto o l'operazione restassero di competenza degli amministratori G. SCORZA, *op. cit.*, p. 521 s.; G. BALBI, *Atti dell'assemblea su materie di competenza degli amministratori: deliberazioni o pareri?*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 455 ss.; R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 215 s.; V. CALANDRA BONAURA, *op. ult. cit.*, p. 157 s., 171 s.

¹⁴⁴ Paiono dissentire in merito F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, *cit.*, p. 63; E. MACRÌ, *op. ult. cit.*, p. 217, n. 36.

non sussisterebbe alcuna responsabilità degli amministratori nei confronti della società per aver dato esecuzione a una delibera che vincola il loro operato¹⁴⁵ perché, in quest'ipotesi, «la delibera assembleare non pone semplicemente – o, meglio, non pone soltanto – un ostacolo all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità riconducibile al divieto di *venire contra factum proprium*, ma più propriamente elimina *in radice* una responsabilità degli stessi amministratori». Fra i doveri «imposti dalla legge» (art. 2392 c.c.) che incombono sugli amministratori vi sarebbe, quindi, anche quello di attenersi alle decisioni riservate dalla legge alla competenza dell'assemblea (salvo quanto previsto dagli artt. 2394 e 2395 c.c.), ma non quello di impugnare o di rifiutare l'esecuzione di una delibera del tipo appena descritto perché contraria all'art. 2392 c.c.¹⁴⁶, in quanto: a) la sola violazione dell'art. 2392 c.c. non determinerebbe l'invalidità della delibera perché il dovere di gestire la società «con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico» grava sugli amministratori e non sui soci¹⁴⁷; b) la delibera rimarrebbe pur sempre vincolante per gli amministratori ove dovesse essere approvata dalla totalità del capitale sociale «o, come sembrerebbe, forse, potersi desumere dall'art. 2377, terzo comma, c.c. anche da un quorum “soltanto” maggiore del 95% o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del 99,999% del capitale»¹⁴⁸; c) la delibera rimarrebbe ugualmente vincolante una volta che, decorso il termine per la sua impugnazione, nessuno dei soggetti legittimati si sia attivato¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Nell'opinione di V. CALANDRA BONAURA, *op. ult. cit.*, p. 155 s., se «è l'assemblea a decidere e ad imporre il compimento dell'atto, non potrà poi imputare agli amministratori le conseguenze pregiudizievoli che eventualmente derivino dall'attuazione del provvedimento che essa stessa ha voluto», fermo restando che l'effetto liberatorio non sarebbe automatico, ma condizionato a una serie di circostanze che lo porrebbero «in termini di mera eventualità». Conf. R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 213 ss.; P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza, cit.*, p. 39; F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo “di correttezza” sul procedimento deliberativo assembleare, cit.*, p. 196 s.; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 209.

¹⁴⁶ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 209 s.

¹⁴⁷ Cfr. V. CALANDRA BONAURA, *op. ult. cit.*, p. 242 s.; P. ABBADESSA, *op. ult. cit.*, p. 58; F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali, cit.*, p. 185 e n. 65, p. 189 ss.

¹⁴⁸ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 210 s.

¹⁴⁹ V. CALANDRA BONAURA, *op. ult. cit.*, p. 210; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi, cit.*, p. 89 s. e n. 39; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 211.

Analoghe considerazioni varrebbero se si volesse estendere l'inciso finale dell'art. 2364, comma 1, n. 5) c.c. – secondo cui rimane «ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti» - anche alle delibere «sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea»¹⁵⁰.

Da un punto di vista strettamente interpretativo, si può, infatti, rilevare che l'art. 2364, comma 1, n. 5) c.c. mantiene «ferma» la responsabilità degli amministratori per i soli «atti compiuti» in seguito all'autorizzazione assembleare, ma non prevede, al contrario, alcuna responsabilità per gli amministratori che si astengano dal compiere un'operazione *ex ante* necessaria che l'assemblea non abbia approvato¹⁵¹. Pertanto, non potrebbe configurarsi alcuna responsabilità in capo agli amministratori che diano (o non diano) esecuzione a un'operazione riservata dalla legge alla competenza dell'assemblea, poiché, in questo caso, il legislatore «sottrae agli amministratori ogni valutazione discrezionale sulle scelte operate dall'assemblea, obbligandoli, anzi, a darvi esecuzione ed escludendo, quindi, ogni loro responsabilità nei confronti della stessa società»¹⁵².

Da un punto di vista sistematico, inoltre, accogliere la tesi sopra enunciata equivarrebbe ad affermare che il generale dovere di diligenza deve sempre e comunque prevalere su quello specifico di dare esecuzione alle delibere assembleari e, perciò, si giungerebbe ad attribuire agli amministratori «una discrezionalità ben più ampia di quella normalmente esercitata nei confronti delle delibere lesive degli interessi dei creditori sociali (art. 2394 c.c.) e dei terzi (art. 2395 c.c.)», sottraendo, di fatto, all'assemblea quelle decisioni che il legislatore ha rimesso, invece, alla sua competenza e ridimensionando il suo intervento (anche

¹⁵⁰ Cfr. V. PINTO, *op. ult. cit.*, p. 443.

¹⁵¹ Perché la mancata autorizzazione comporterebbe per gli amministratori un vero e proprio divieto di porre in essere l'atto sottoposto all'approvazione dell'assemblea: cfr. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., p. 14, n. 31, p. 60; V. PINTO, *op. ult. cit.*, p. 448, n. 21; G.B. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 26; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 212 e n. 359, il quale rileva, peraltro, che in questo senso sembra deporre anche il testo della relazione alla riforma del diritto societario (§ 5. *Dell'assemblea*: «[...] si è solo ammesso che lo statuto possa richiedere che l'assemblea autorizzi gli amministratori al compimento di determinate operazioni, ma si è precisato che resta ferma in ogni caso la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti, quantunque autorizzati dall'assemblea.»)

¹⁵² A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 213.

in caso di autorizzazione richiesta da una clausola statutaria) a un mero parere rivolto agli amministratori, obbligatorio ma non vincolante¹⁵³.

Ciò che preme sottolineare, però, è che, anche in questa prospettiva, l'art. 2364, comma 1, n. 5), c.c. non rappresenterebbe un ostacolo a un atto di disposizione in via preventiva della responsabilità degli amministratori.

È sì vero che vincolare costoro alle direttive dell'assemblea (nei limiti pur sempre imposti dagli artt. 2394 e 2395 c.c.) implica la disponibilità della disciplina di cui all'art. 2392 c.c. e dell'interesse che questa norma tutela¹⁵⁴. Ma anche laddove si preferisse leggere l'art. 2364, comma 1, n. 5) c.c. come l'indice manifesto di un'assoluta prevalenza del dovere di diligenza sul dovere di eseguire le delibere dell'assemblea, la società resterebbe in ogni caso libera di limitare o escludere in via preventiva la responsabilità di chi la gestisce: la ripartizione di competenze tra assemblea e amministratori sarebbe, infatti, un problema del tutto neutro rispetto alla possibilità di disporre o no in via preventiva della responsabilità di questi ultimi verso la società; con la norma appena citata il legislatore si sarebbe limitato a ribadire che la gestione delle società spetta esclusivamente agli amministratori e che l'assemblea è priva di ogni ruolo gestionale¹⁵⁵.

¹⁵³ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 213 ss.

¹⁵⁴ Così A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 221 ss.: se l'effetto liberatorio che deriva dall'esecuzione di una delibera riguardante uno degli oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea non può essere ricondotto a un atto di disposizione da parte della società di una pretesa risarcitoria nei confronti degli amministratori, esso presuppone in ogni caso che i soci possano liberamente disporre dell'azione sociale di responsabilità di cui agli artt. 2392 e 2393 c.c., perché disponibile è, prima ancora che l'azione, l'interesse che tale rimedio mira a tutelare. Detto in altri termini (e mettendo l'accento sui doveri cui sarebbero tenuti gli amministratori in un simile circostanza): a fronte di un intervento dell'assemblea su una materia attribuita dalla legge alla sua competenza, «il conflitto che può porsi tra il dovere di eseguire le delibere assembleari, da un lato, e quello di gestire diligentemente l'impresa sociale, dall'altro, è superabile a favore del primo solo in ragione della natura disponibile dell'interesse sociale protetto dal secondo». Dello stesso Autore cfr. anche ID., *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, cit., p. 363 s.

¹⁵⁵ A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, p. 221 s. e n. 385.

6. *Il contrasto dei patti di rinuncia all'azione sociale ex art. 2393 c.c. con la disciplina sulla responsabilità degli amministratori.*

Dopo aver accertato che il diritto societario vigente non sembra frapporre alcun ostacolo alla facoltà dei privati di derogare almeno in parte alla disciplina sulla responsabilità degli amministratori, si dispone ora di qualche elemento in più per soffermarsi sulla particolare ipotesi in cui gli acquirenti di una partecipazione di controllo, mediante un apposito patto parasociale, si impegnino, una volta perfezionato l'acquisto, a non esercitare l'azione sociale di responsabilità o a votare in favore della rinuncia. L'obiettivo è quello di esaminare i possibili correlari di tale fattispecie ricollegandosi ai problemi affrontati con riguardo alla pretesa natura inderogabile delle previsioni di cui agli artt. 2392 e 2393 c.c., anche allo scopo di stabilire se un patto del genere configuri una violazione delle medesime norme.

In via preliminare è opportuno evidenziare che, laddove simili accordi si riferiscano esclusivamente all'attività gestoria compiuta da amministratori dimissionari prima del trasferimento della partecipazione, un problema di deroga o addirittura di violazione delle norme in questione non si porrebbe neppure. Le parti si limiterebbero, infatti, a predeterminare (secondo il meccanismo su cui si regge il funzionamento di qualsiasi sindacato di voto) l'esercizio del diritto di voto da parte del cessionario nell'ambito dell'assemblea che si trovi a deliberare sull'opportunità di promuovere un'azione sociale di responsabilità o di rinunciarvi, e lo farebbero in piena conformità a quanto dispongono sia l'art. 2393, ultimo comma, c.c. sia l'art. 2476, comma 5, c.c., poiché l'oggetto della deliberazione consiste in un'attività che si è già conclusa¹⁵⁶. La lettura di entrambe

¹⁵⁶ Cfr. A. TINA, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 839; ID., *I patti parasociali sull'azione sociale di responsabilità nella recente giurisprudenza di merito*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, Milano, 2015, p. 3005 s. In senso conforme D. CATERINO, *op. cit.*, p. 884; G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, cit., p. 547; M. BALZANO, *op. cit.*, p. 101; A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 24 s.. Ben diversa è l'ipotesi dei patti di rinuncia preventiva all'azione sociale di responsabilità (o, meglio, di esonero dalla responsabilità) e di manleva *ex ante* degli amministratori da parte dell'acquirente,

le norme, peraltro, confermerebbe indirettamente «la possibilità per la società di disporre, in via non definitiva, dello stesso diritto di credito»¹⁵⁷ mediante «quella ampia disposizione che si attua attraverso la mancanza di iniziativa diretta a far valere la coercizione»¹⁵⁸ (nel caso specifico, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. e 2476 c.c.).

Più in generale, i patti parasociali relativi all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità o alla sua rinuncia non costituirebbero una deroga (totale o parziale) alla disciplina sulla responsabilità degli amministratori né una sua violazione, perché essi, data la loro efficacia meramente "obbligatoria", non impediscono l'esercizio dell'azione sociale da parte della società. In pratica, anche in presenza di un accordo di questo tipo, potrebbero delinearsi diverse ipotesi: i) il socio-acquirente potrebbe decidere di non ottemperare all'obbligo assunto, votando a favore dell'esercizio dell'azione sociale ex art. 2393 c.c. o votando contro un'eventuale proposta di rinuncia o transazione; ii) ai sensi degli artt. 2393-bis e 2476, comma 3, c.c., l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori potrebbe essere esercitata da una minoranza qualificata di soci; iii) la stessa minoranza, al momento di votare sull'approvazione di una rinuncia o di una transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità, potrebbe opporre il proprio veto¹⁵⁹.

che vengono inserite nel contratto, per esempio, nei casi in cui l'alienante rimanga come amministratore della società anche dopo il trasferimento del controllo (si v. *infra*, in questo capitolo, sez. II, § 3). In merito vale la pena segnalare che una recentissima pronuncia sembra aver ammesso la possibilità di stipulare dei patti parasociali che riguardino la responsabilità degli amministratori per atti o fatti pregressi (mentre resterebbe invalido per contrasto con gli artt. 1229, 2392 e 2393 c.c. l'accordo che abbia per oggetto la rinuncia preventiva ad esercitare l'azione di responsabilità dell'amministratore relativamente a condotte assunte dall'amministratore successivamente alla stipulazione): si v. Trib. Roma, 28 settembre 2015, *cit.*

¹⁵⁷ A. TINA, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori*, *cit.*, p. 839.

¹⁵⁸ E. RUSSO, *op. cit.*, p. 579. E anche secondo G.A. RESCIO, *op. loc. ult. cit.*, i vincoli di voto assunti dopo che il fatto fonte di responsabilità si è verificato non contrastano con i principi della responsabilità contrattuale, «per i quali il creditore può sempre rifiutare di perseguire il debitore inadempiente».

¹⁵⁹ Cfr. A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 840, che si sofferma anche sulle conseguenze della violazione del patto parasociale: qualora il voto così espresso risultasse determinante, gli altri soci non potrebbero (ovviamente) impugnare la delibera assembleare, ma il socio inadempiente sarebbe comunque tenuto a risarcire i danni subiti dagli amministratori in seguito all'esercizio dell'azione

Al fine di dimostrare l'invalidità di cui si discorre non varrebbe neppure sostenere che, lasciando i soci liberi di disporre su questa materia, si giungerebbe a compromettere la già menzionata funzione deterrente esercitata dalla responsabilità perché i soci, nel timore di dover pagare un risarcimento per la violazione del patto, verrebbero dissuasi dal promuovere l'azione sociale o dal votare a favore di una proposta in questo senso.

Si è obiettato in primo luogo che l'efficacia del patto sarebbe «direttamente proporzionale alla partecipazione dei soci che vi aderiscono»¹⁶⁰.

Basti immaginare che, a dispetto della scelta del socio-acquirente di mantenere l'impegno assunto, l'azione sociale di responsabilità potrebbe comunque essere promossa dall'assemblea (specie nel caso in cui si assistesse ad un successivo mutamento della compagine sociale) o, più facilmente, da una minoranza qualificata o dal singolo socio estraneo al patto¹⁶¹.

In proposito va sottolineato, poi, che la dottrina e la giurisprudenza contrarie ad ammettere nel nostro ordinamento i patti parasociali aventi ad oggetto l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità¹⁶² sono giunte a posizioni consolidate «essenzialmente prima dell'attribuzione generalizzata della legittimazione attiva all'azione *ex art. 2393 c.c.* ad una minoranza qualificata (*art. 2393-bis c.c.*), al singolo socio (*art. 2476 c.c.*) e agli (eventuali) organi di controllo interno della società (*collegio sindacale, ex artt. 2393, comma 3, e 2477, primo, secondo e quinto comma, c.c.; consiglio di sorveglianza, ex art. 2409-decies c.c.*); in un si-

sociale di responsabilità; perché questo avvenga, però, sarebbe necessario, «oltre ad un inadempimento dei soci causalmente rilevante *ex artt. 1218 e 1223 c.c.*, che l'amministratore abbia partecipato alla conclusione del patto parasociale o che il patto stesso possa essere qualificato come contratto a favore di terzo *ex art. 1411 c.c.* (in caso contrario, il preteso risarcimento potrà, astrattamente, essere richiesto solo dai soci adempienti al patto)». Per valutazioni di segno analogo dello stesso Autore si v. anche, più recentemente, ID., *I patti parasociali sull'azione sociale di responsabilità nella recente giurisprudenza di merito, cit.*, p. 3006. Sostiene che l'impegno assunto a livello parasociale non avrebbe alcuna conseguenza sul piano sociale anche A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 14 e 34 s..

¹⁶⁰ A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., cit.*, p. 330; ID., *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori, cit.*, p. 840.

¹⁶¹ A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶² Cfr. *supra*, cap. I, § 1.

stema, cioè, in cui il patto parasociale tra due o più soci poteva effettivamente pregiudicare, in concreto (salvo il contesto concorsuale), il successivo esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori»¹⁶³. Alla luce di tali innovazioni pare dunque legittimo supporre che, indipendentemente dagli obblighi che i soci abbiano assunto sull'azione sociale *ex art. 2393 c.c.* (ovvero nel caso in cui tali obblighi configurino un potenziale pregiudizio per la società), per promuovere la medesima azione potranno attivarsi, alternativamente: il collegio sindacale (art. 2393, comma 3, e 2477 c.c.); il consiglio di sorveglianza (art. 2409-*decies*, comma 2, c.c.); l'amministratore giudiziario (art. 2409, comma 6, c.c.); gli organi concorsuali nell'ambito delle rispettive procedure (art. 2394-*bis* c.c. e 146 l. fall.)¹⁶⁴.

Si è fatto notare, peraltro, che anche nell'ipotesi in cui i soci si impegnino genericamente a garantire che l'azione sociale di responsabilità non verrà comunque esercitata (assumendo un obbligo che potrebbe essere qualificato come promessa del fatto di un terzo *ex art. 1381 c.c.*), la funzione deterrente della disciplina dettata dagli artt. 2392 e 2393 c.c. rimarrebbe sostanzialmente inalterata, seppur nei limiti delle perdite patrimoniali che i soci non potrebbero compensare (perché gli amministratori potrebbero fare affidamento sulla garanzia offerta dai soci, ai sensi del già citato art. 1381 c.c., solo nei limiti della loro capacità patrimoniale)¹⁶⁵.

Sulla base di questi rilievi potrebbero formularsi due distinte (e provvisorie) conclusioni.

Poiché i patti parasociali sull'esercizio dell'azione sociale di responsabilità *ex art. 2393 c.c.*, nelle loro varie articolazioni, non sembrano configurare una

¹⁶³ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 840, n. 28.

¹⁶⁴ Cfr. A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 840 e ID., *I patti parasociali sull'azione sociale di responsabilità nella recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 3007, secondo cui, per queste ragioni, il patto non contrasterebbe sul piano sostanziale con l'art. 1229 c.c. (ID., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 326 ss.). Sul punto si registra anche l'opinione favorevole di A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 34 ss., che, attesa la potenziale esposizione dell'amministratore all'azione esercitabile dal collegio sindacale, ammette la legittimità dei patti di rinuncia all'azione sociale in via preventiva.

¹⁶⁵ A. TINA, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società*, cit., p. 841.

deroga alla disciplina *ex artt.* 2392 e 2393 c.c. (né tantomeno una sua violazione), non sarebbe necessario, ferma la competenza inderogabile dell'assemblea a deliberare sulla rinuncia all'azione sociale, applicare i requisiti richiesti dagli artt. 2393, ultimo comma, e 2476, comma 5, c.c. e, nelle società per azioni, quelli ricavabili, nell'opinione della dottrina prevalente¹⁶⁶, dal combinato disposto degli artt. 2393, ultimo comma, e 2434 c.c.; e analogo conclusione varrebbe per i limiti imposti dall'art. 1229, comma 1, c.c.¹⁶⁷ Più precisamente, i patti parasociali in questione si risolverebbero nel trasferimento (totale o parziale) dell'onere risarcitorio connesso alla responsabilità *ex artt.* 2392 e 2476 c.c. dagli amministratori ai soci (o terzi) che aderiscono al patto, senza incidere sulla responsabilità dei primi per gli atti e le operazioni compiute.

In secondo luogo, atteso che l'attuazione di detti accordi non determinerebbe una diretta (ai sensi dell'art. 1418 c.c.) o indiretta (ai sensi dell'art. 1344 c.c.) violazione di norme imperative, la validità del singolo patto parasociale, «in ragione della sua efficacia obbligatoria, non può che essere (di volta in volta) accertata sulla base di un giudizio di meritevolezza o immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.».

Su entrambi i punti si avrà modo di tornare più avanti¹⁶⁸.

7. Ancora sull'interesse sociale quale limite alla validità degli accordi sulla responsabilità degli amministratori.

Secondo l'orientamento finora condiviso dalla Suprema Corte, i patti parasociali aventi ad oggetto l'azione sociale di responsabilità o una sua rinuncia dovrebbero essere dichiarati nulli non solo per illiceità dell'oggetto (perché con-

¹⁶⁶ Si v. *infra*, in questo capitolo, sez. II, § 3.

¹⁶⁷ A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 341 s.; ID., *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società*, cit., p. 841, n. 29.

¹⁶⁸ Si v. *infra*, in questo capitolo, sez. II, § 3 e 4.

trari a norme imperative), ma anche perché il loro contenuto realizzerebbe un contrasto con l'interesse della società (giacché i soci si farebbero portatori di interesse estraneo alla compagine sociale), e la stessa stipulazione di un patto così articolato costituirebbe «una condotta contraria alle finalità imposte dal modello legale di società, non potendo i soci, non solo esercitare, ma neanche vincolarsi negozialmente ad esercitare il diritto di voto in contrasto con l'interesse della società [...]»¹⁶⁹.

Vale la pena dedicare qualche breve cenno a questa tesi, anche per ricollegarsi ai problemi affrontati in precedenza.

Se giungere ad un accordo transattivo sull'azione sociale di responsabilità, rinunciare all'azione o, più semplicemente, non esercitarla, fossero decisioni di per sé contrarie all'interesse sociale (assunto quanto mai discutibile¹⁷⁰), non solo le relative delibere diverrebbero automaticamente impugnabili, ma, soprattutto, «la società sarebbe, di fatto, impossibilitata a deliberare validamente la rinuncia (o la transazione) in ordine all'azione sociale di responsabilità» (al contrario di quanto prevedono gli artt. 2393, ultimo comma, c.c. e 2476, comma 5, c.c.)¹⁷¹

¹⁶⁹ Cass., 28 aprile 2010, n. 10215, *cit.* Conf. Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, *cit.* Secondo la più recente giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 16 giugno 2014, *cit.*), tuttavia, tali accordi non si porrebbero necessariamente in contrasto con l'interesse sociale, ma potrebbero, al contrario, mirare a realizzare interessi meritevoli di tutela. Sul punto si v. *infra*, in questo capitolo, sez. II, § 2.

¹⁷⁰ Come osserva R. SACCHI, *La definizione delle controversie in materia societaria*, in *La transazione nella prassi interna ed internazionale*, a cura di E. ANDREOLI, Padova, 2000, p. 54 s., che, peraltro, con riferimento alla posizione assunta da Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, *cit.*, ravvisa una profonda contraddizione fra l'assunto secondo cui il sindacato di voto che prevede l'obbligo di rinunciare all'azione *ex art.* 2393 c.c. sia un patto contrario all'interesse sociale e l'asserita legittimità della clausola di manleva che accompagni tale obbligo (si v. *infra*, cap. IV): «[o] con la rinuncia si ledono interessi disponibili o non li si ledono. Se non si ledono interessi indisponibili, la rinuncia dovrebbe essere ammissibile. Se si ledono interessi indisponibili, la rinuncia dovrebbe essere inammissibile». Inoltre, come rileva N. CIOCCA, *Patti parasociali e rinuncia all'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori uscenti*, *cit.*, p. 157, l'interesse sociale «non può ridursi all'astratta e necessaria coincidenza con il promovimento dell'azione sociale nei confronti dei passati amministratori. Così facendo non si terrebbe conto del dato normativo, secondo cui la valutazione della convenienza dell'azione sociale di responsabilità è rimessa alla maggioranza dei soci (sia pure con il voto non ostativo della minoranza). Tra le possibili scelte dei soci vi è quindi, per definizione, anche quella di non promuovere tale azione». In termini analoghi si esprime anche A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 14.

¹⁷¹ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 852, n. 81.

Mentre la delibera con cui l'assemblea attesta la propria volontà di non agire nei confronti degli amministratori può considerarsi, in astratto, del tutto neutra in relazione all'interesse sociale, in concreto un conflitto (che, in ogni caso, «deve essere reale, non potenziale»¹⁷²) potrebbe pure delinearsi. Ma in questo caso sarebbe necessario valutare nel merito l'opportunità della delibera: per l'appunto, in concreto, cioè tenendo conto delle modalità con cui si è proceduto a deliberare, delle circostanze che hanno determinato l'adozione della delibera, delle esigenze essa mirava a soddisfare.

L'art. 2373, comma 1, c.c. non vieta di votare in contrasto con l'interesse sociale¹⁷³: consente di impugnare ai sensi dell'art. 2377 c.c. la delibera se uno o più soci si sono fatti portatori di un interesse che preesisteva alla delibera stessa¹⁷⁴, se questo interesse confligge con quello della società e se il loro voto è risultato determinante. Il giudice, quindi, non dovrà «valutare in concreto la convenienza della delibera per il socio e/o per la società, bensì solo fissare idealmente rispetto ad essa le posizioni dell'uno e dell'altra», in modo da verificare se sussista o meno «una situazione oggettiva tale da rivelare in maniera tipica la possibilità di un conflitto»¹⁷⁵.

Ed è quasi superfluo aggiungere che una indiscriminata valutazione nel merito, al di là dei limiti fissati dagli artt. 2373, comma 1, e 2479-ter, comma 2, c.c., è in linea di principio preclusa all'autorità giudiziaria¹⁷⁶, che – lo si ribadisce – dovrà accertare se, «in relazione all'oggetto della deliberazione da assumersi», sia venuta (oggettivamente) a crearsi fra il socio e la società una posizione «tale da rivelare in maniera tipica [o astratta] la possibilità [...] che la de-

¹⁷² G. COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, cit., p. 216.

¹⁷³ Cfr., per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2013, p. 343.

¹⁷⁴ G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 1408 ss.; G. GUERRIERI, sub artt. 2479-2479-ter, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, III, Padova, 2005, p. 2050 s.

¹⁷⁵ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 448.

¹⁷⁶ E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 123.

liberazione soddisfi l'interesse particolare del socio a danno dell'interesse comune»¹⁷⁷.

Insomma, non basterebbe un (presunto) contrasto con l'interesse sociale per dichiarare invalida una delibera assembleare¹⁷⁸.

Una parte della dottrina, peraltro, non ha mancato di rilevare che sarebbe per certi aspetti fuorviante «porre l'attenzione sulla delibera di esercizio o di rinuncia dell'azione sociale di responsabilità per verificarne l'astratta compatibilità o incompatibilità con l'interesse sociale»¹⁷⁹: il conflitto di interessi che si manifesti in capo al socio aderente a un sindacato di voto è, infatti, del tutto indipendente rispetto al contenuto della delibera con cui l'assemblea esprime la decisione (in astratto neutra, come già precisato) di promuovere l'azione sociale o di rinunciare; il contrasto con l'interesse sociale, collegato al vincolo di voto assunto in precedenza dal socio¹⁸⁰, potrà, tutt'al più, rientrare fra gli elementi di cui si servirà il giudice per valutare se dall'esecuzione della delibera possa, in effetti, derivare un danno anche solo potenziale per la società (ove per danno si intende non solo il danno al patrimonio sociale ma, più in generale, «il danno al valore globale delle azioni»¹⁸¹).

¹⁷⁷ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁸ Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni e gli "altri"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010, p. 60, secondo cui, nella prospettiva indicata dal legislatore con l'art. 2373 c.c., «il "danno" della società non rileva di per sé, ma in quanto riferibile a una situazione di conflitto d'interessi».

¹⁷⁹ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 854.

¹⁸⁰ Cfr. B. LIBONATI, *Sindacati di voto e gestione d'impresa, cit.*, p. 112, n. 34; E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 133, 226 s.

¹⁸¹ Così D. PREITE, *op. ult. cit.*, p. 132 ss., secondo cui la scelta di disporre «l'annullamento delle deliberazioni assunte in conflitto di interessi in presenza di una mera potenzialità di danno e non della prova del danno effettivo per la società» si giustificerebbe in virtù dell'obiettivo «di ridurre il rischio che l'annullamento della deliberazione risulti, quando il danno si sia pienamente manifestato, inutile, perché certamente imm modificabili, ex art. 2377, comma 3, c.c., sono gli effetti prodottisi in capo ai terzi in buona fede» (ID., *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni, cit.*, p. 242). Tuttavia, poiché qualunque scelta imprenditoriale è in sé rischiosa e, dunque, anche l'esecuzione di una delibera adottata in assenza di un conflitto di interessi potrebbe rivelarsi potenzialmente pericolosa, il riferimento a un danno potenziale dovrebbe essere interpretato nel senso che il giudice, senza sostituirsi ai soci nel valutare il rischio insito in una determinata scelta gestionale e privilegiando il criterio caratteristico della *property rule*, «dovrà sempre, tendenzialmente, provvedere all'annullamento della de-

Di conseguenza, se un patto parasociale relativo all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità non può essere considerato contrario all'interesse sociale al momento della sua conclusione, «una valutazione in tal senso sarà possibile soltanto in riferimento alla relativa delibera assembleare concretamente assunta e solo nei limiti consentiti dall'art. 2373 c.c. e dall'art. 2479-ter c.c.»¹⁸².

In ogni caso deve aggiungersi che, sia pur in presenza di un più o meno evidente conflitto di interessi fra i soci aderenti al sindacato di voto e la società, «piegare il rispetto dell'interesse sociale a criterio di ammissibilità, a pena di nullità, dei patti extrasociali»¹⁸³ sarebbe un'opzione interpretativa assai controvertibile, se non un vero e proprio «arbitrio logico»¹⁸⁴, «atteso che nel nostro sistema [...] il contrasto con l'interesse sociale sembra in gradi di comportare la mera annullabilità di singoli atti di organi sociali [...] e che per giunta tale minore sanzione non viene comminata se non quando il contrasto con l'interesse sociale è accompagnato da ulteriori presupposti (il danno potenziale e la posizione determinante dei soggetti in conflitto di interessi)»¹⁸⁵.

Pertanto, qualora un patto relativo all'esercizio dell'azione sociale sia radicalmente viziato da un conflitto di interessi, «il voto espresso dal socio in adempimento del patto sarà causa di invalidità della delibera in compresenza

libera, salve solo le rare ipotesi in cui, al momento del giudizio, sia (agevolmente) possibile escludere in modo tassativo l'insorgere di un danno per la società» (E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 129).

¹⁸² A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 855. Del resto già P.G. JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto, cit.*, p. 247, notava come un confronto tra il contenuto di un sindacato di voto e l'interesse sociale sia «semplicemente improponibile» e, anzi, che detti accordi siano completamente neutri rispetto all'interesse sociale "concreto", in quanto le clausole dei sindacati di voto sarebbero essenzialmente «clausole di tipo procedimentale, che stabiliscono vincoli di collaborazione tra i soci sindacati, realizzati attraverso la creazione di un'organizzazione più o meno complessa, e che determinano la partecipazione dei soci stessi negli organi della società». Solo G. COTTINO, *op. ult. cit.*, p. 219 s., giunse a ipotizzare che un sindacato di voto stipulato *una tantum* allo scopo di perseguire un interesse extrasociale (facendo, quindi, approvare una delibera assembleare in violazione dell'art. 2373 c.c.) avrebbe potuto essere dichiarata nulla per illiceità del motivo comune.

¹⁸³ G.A. RESCIO, *op. ult. cit.*, p. 612. Sul punto cfr. anche B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI-P.G. JAEGER, Milano, 1993, p. 18; E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 79 s., 265.

¹⁸⁴ L. FARENGA, *op. ult. cit.*, p. 319 s.

¹⁸⁵ G.A. RESCIO, *op. loc. ult. cit.*

degli altri presupposti di cui all'art. 2373 c.c.»¹⁸⁶. Sarà cioè la delibera a dover subire conseguenze negative (nella fattispecie, l'annullabilità), ma non il patto, che non potrà essere annullato né tantomeno dichiarato nullo¹⁸⁷.

Allo stesso modo non potrebbe essere dichiarato nullo un patto parasociale relativo all'azione sociale di responsabilità concluso con l'amministratore unico¹⁸⁸ perché «in frode all'art. 2373, terzo [ora secondo] comma, c.c.»¹⁸⁹ (che vieta agli amministratori di votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità).

D'altro canto potrebbe obiettarsi che, nel caso in cui l'accordo fosse stipulato con l'amministratore o gli amministratori dimissionari, non sarebbe possibile riscontrare alcuna violazione, «quanto meno diretta», dell'art. 2373 c.c. (peraltro neppure richiamato dall'art. 2479-ter¹⁹⁰) perché al momento dell'esercizio del voto gli amministratori avrebbero già abbandonato la propria carica¹⁹¹.

¹⁸⁶ Così, di nuovo, G.A. RESCIO, *op. ult. cit.*, p. 528, secondo cui «il vincolo di voto a favore di terzo mosso da interessi incompatibili con quello sociale non può presso di noi giudicarsi illecito».

¹⁸⁷ Anche N. CIOCCA, *op. ult. cit.*, p. 155, sottolinea che «il patto per effetto del quale i sottoscrittori intendono realizzare un interesse personale non è invalido» e che «[l]o è semmai la deliberazione assunta ciononostante e in quanto possa recare danno alla società». Conf. G. FERRI, *Validità dei sindacati azionari di amministrazione*, in *Scritti giuridici*, III, 1, Napoli, 1990, p. 555 ss.

¹⁸⁸ Cfr. i casi decisi da Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, *cit.*, e Cass., 28 aprile 2010, n. 10215, *cit.*

¹⁸⁹ G.A. RESCIO, *Convenzioni di voto: note a margine di recenti provvedimenti*, *cit.*, p. 123. In termini analoghi si era espresso anche G. COTTINO, *op. ult. cit.*, p. 208, 216 s., 254 s. A questo proposito sottolinea V. CRESTA, *Accordi parasociali in tema di esercizio dell'azione sociale di responsabilità*, su http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/dircom.htm (commentando la pronuncia della Suprema Corte 7030/1994) che per aversi frode alla legge il contratto dovrebbe essere stipulato dalle parti con lo scopo di raggiungere un risultato conforme a quello vietato dalla legge, mentre in un'ipotesi come quella in esame «valutando la cessione dal punto prospettico della dimensione psicologica che la illumina, essa ci appare posta in essere dai soggetti agenti non per aggirare il divieto di voto ma come effetto perseguito in modo autonomo dalle parti». U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 337, obietta, inoltre, che la sanzione applicabile ai casi di frode alla legge non è necessariamente la nullità.

¹⁹⁰ Come rileva A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 855. Ritengono, però, che anche nella società a responsabilità limitata possa delinarsi il divieto per i soci-amministratori di votare nelle deliberazioni assembleari riguardanti la loro responsabilità (invocando in questo modo un'applicazione analogica dell'art. 2373, comma 2, c.c.) G. GUERRIERI, *sub artt. 2479-2479-ter, cit.*, p. 2052; D. CORRADO, *sub art. 2479-ter*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2008, p. 1076; G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 1414 s.

¹⁹¹ Cfr. ancora A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 856.

In secondo luogo, tenuto anche conto del fatto che la delibera assunta con il voto del socio-amministratore in una situazione tipica di conflitto non sarebbe nulla, ma soltanto annullabile (ove ricorrano i presupposti dell'art. 2373, comma 1, c.c.¹⁹²), l'accordo stipulato con quest'ultimo non potrebbe essere dichiarato nullo; piuttosto, il suo voto «non potrà essere considerato ai fini della validità della delibera»¹⁹³ (sulla base di quanto prevede l'art. 2373, comma 2, c.c.¹⁹⁴).

La dottrina ha quindi suggerito che, per superare il problema del conflitto di interessi in un patto parasociale relativo all'azione di responsabilità *ex art.* 2393 c.c., sarebbe necessario escludere gli amministratori dalla pattuizione e configurare l'accordo come un contratto a favore di terzi¹⁹⁵.

Ciò che non persuade a livello generale, però, è la visione secondo cui tutti i patti parasociali (e, quindi, anche i patti relativi all'azione sociale di responsabilità) realizzerebbero di per sé un potenziale conflitto di interessi rilevante ai sensi dell'art. 2373 c.c. e dell'art. 2479-*ter*, comma 2, c.c., perché i soci non sarebbero più liberi di perseguire l'interesse sociale mediante l'esercizio del voto, in quanto condizionati dagli accordi raggiunti con gli altri soci (ed even-

¹⁹² In presenza dei quali potrebbe prospettarsi anche l'effettivo esercizio dell'azione sociale di responsabilità. Sul punto si v. Trib. Ancona, 7 marzo 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 666, secondo cui l'annullamento del voto contrario espresso in conflitto di interessi con la società e determinante per il calcolo della maggioranza utile a respingere la proposta di esercitare l'azione sociale di responsabilità, «comporta che la maggioranza sia ricalcolata d'ufficio dal giudice e che quindi la proposta, ove sorretta da un adeguato numero di voti favorevoli, debba considerarsi approvata». L'ipotesi sembra così ricollegarsi al problema dell'impugnazione delle delibere assembleari cosiddette "negative", sul quale sia consentito rinviare per approfondimenti a M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003, *passim*.

¹⁹³ E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 92. Conf. A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 856.

¹⁹⁴ Cfr. anche E. MACRÌ, *op. ult. cit.*, p. 139, n. 110, il quale, immaginando la stipulazione di un sindacato di voto a maggioranza tra un socio-amministratore e altri due soci di una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, conclude che, «[n]el caso in cui la maggioranza parasociale si formasse con i voti dell'amministratore (grazie magari all'astensione degli altri "parasoci") e decidesse di votare in assemblea contro una delibera riguardante la responsabilità dell'amministratore, il voto in assemblea dei due soci risulterebbe in conflitto con l'interesse della società (in quanto rispondente all'interesse e alla volontà dell'amministratore, che – peraltro – non potrebbe esercitare il voto, *ex art.* 2373, comma 2, c.c.) e gli altri soci avrebbero diritto di averne conoscenza».

¹⁹⁵ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 856, n. 104.

tualmente con i terzi e con gli amministratori)¹⁹⁶. D'altro canto, sui patti di cui si discorre grava il sospetto che con la conclusione dell'accordo possa comunque venire a crearsi una situazione di conflitto perché i soci, per effetto del patto, si farebbero portatori di un interesse (quello dell'amministratore o, più in generale, del terzo) in conflitto con quello sociale¹⁹⁷.

Sulla distinzione fra contenuto del patto e contenuto della delibera si è già insistito.

Resta ancora da dire, innanzi tutto, che «se si ammettono patti parasociali stipulati anche con terzi, deve anche ammettersi che l'impegno sul voto sia validamente assunto dai soli paciscenti che siano anche soci e nell'ambito di un più ampio accordo in cui i terzi promettono prestazioni di più ampio tenore»¹⁹⁸.

Inoltre, nell'ipotesi in esame non potrebbe ravvisarsi in alcun modo un conflitto di interessi, perché verrebbe a mancare quell'effetto coercitivo che il patto eserciterebbe sulla libera espressione del voto da parte dei soci che vi aderiscono¹⁹⁹. Da un lato, come si è già detto, pare abbastanza evidente che gli accordi sull'azione sociale di responsabilità «non definiscono le modalità con cui successivamente determinare (e, per l'effetto, vincolare) l'esercizio del voto in relazione ad una o più delibere assembleari, ma presuppongono, al contrario, una indicazione di voto già predefinita e, di conseguenza, il consenso unanime dei soci che, volontariamente o spontaneamente, decidono di aderirvi»²⁰⁰ (il patto si limiterebbe, cioè, a «fissare anticipatamente il risultato cui i soci sarebbero

¹⁹⁶ Cfr. D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 132 ss.; G. ROSSI, *op. cit.*, p. 1373, n. 48; E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 97 ss., 225 ss., 264 ss. Su questo punto cfr. anche A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 15 ss., secondo cui, muovendo dal presupposto che l'art. 2373 c.c. non è una norma di carattere imperativo, bensì una norma posta a tutela della minoranza (onde evitare che la volontà sociale sia piegata a interessi in conflitto con l'interesse della società e, quindi, anche con quello della minoranza), un patto parasociale che abbia un contenuto concretamente o astrattamente in contrasto con l'interesse sociale non sarebbe nullo, ma, anzi, pienamente vincolante per coloro che l'hanno stipulato.

¹⁹⁷ È dell'opinione che debba considerarsi sempre nullo (per contrasto con l'art. 2373 c.c.) il patto parasociale concluso con un socio o un terzo in conflitto con l'interesse della società G. COTTINO, *op. ult. cit.*, p. 246 ss.

¹⁹⁸ N. CIOCCA, *op. ult. cit.*, p. 154. Si v. anche *supra*, cap. I, § 1.

¹⁹⁹ Come sostiene E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 241.

²⁰⁰ A. TINA, *L'esonero dalla responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 330, n. 34.

pervenuti in ogni caso in assemblea»²⁰¹); dall'altro lato, poiché il patto si riferisce a una sola delibera, dovrebbe escludersi che la fattispecie integri uno scambio di voti²⁰² (collegato al patto) «che possa così pregiudicare la corrispondenza del voto espresso dal socio alla reale ed effettiva volontà dello stesso»²⁰³.

In secondo luogo, posto che i patti relativi all'azione sociale di responsabilità sono sindacati di voto dal contenuto determinato, definito all'unanimità e

²⁰¹ E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 257 s.

²⁰² Vale la pena segnalare in proposito che, sempre secondo E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 79 ss. la vendita del voto potrebbe dar luogo non alla nullità del patto ma a una condizione conflittuale rilevante ai sensi degli artt. 2373 e 2479-ter c.c. Sulla vendita del voto, in ogni caso, la dottrina è divisa fra la tesi secondo cui lo scambio sarebbe illecito perché contrario al buon costume (G. COTTINO, *op. ult. cit.*, p. 232 s.) o perché violerebbe temporaneamente l'inscindibilità dell'azione (A. NUZZO, *op. cit.*, p. 568). P.G. JAEGER, *Ammissibilità e limiti dell'accordo di "cessione" del voto in cambio di "corrispettivo" (con considerazioni in merito alla c.d. "vendita del voto"* (nota a Cass., 22 ottobre 1996, n. 9191), in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 248, ritiene che la vendita del voto debba considerarsi illecita per contrarietà (da accertare in concreto) all'interesse sociale. E illecita, secondo G. SANTONI, *op. cit.*, p. 248, sarebbe anche la promessa di assegnare cariche sociali come "corrispettivo" dell'adesione al sindacato di voto (assunto che, nell'opinione dell'Autore, non potrebbe essere contestato neppure superando la tesi dell'incomerciabilità del voto). Sostengono, invece, che la vendita del voto sia ammissibile L. FARENGA, *op. ult. cit.*, p. 350; G.A. RESCIO, *I sindacati di voto, cit.*, p. 573, rilevando che «il voto espresso dietro compenso non è meno "autentico" di quello espresso in forza di un vincolo assunto in funzione associativa, ad es. in un sindacato di voto a maggioranza: in entrambi i casi il voto è autentico, perché il votante vuole ciò che dichiara in assemblea, poco importando che la sua volontà si sia formata per introitare il compenso o per obbedire al volere della maggioranza del sindacato (o per altra ragione ancora: per propri interessi nel gruppo di cui fa parte la società, per rapporti individuali non contrattuali con altri soci o con terzi, ecc.)»; A. TUCCI, *La discussione*, in R. LENER-A. TUCCI, *Le società di capitali. L'assemblea nelle società di capitali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XVII, Torino, 2000, p. 162. Sulla differenza fra patti di sindacato in cui tutti i partecipanti si impegnano a votare e scambio sul voto, cfr. B. LIBONATI, *op. ult. cit.*, p. 17; G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto, cit.*, p. 100. Sulla configurabilità di patti parasociali di tipo associativo e di scambio cfr. L. FARENGA, *op. ult. cit.*, p. 121 ss.

²⁰³ A. TINA, *op. loc. ult. cit.* Si è osservato, infatti, che nell'ipotesi in cui un patto parasociale abbia ad oggetto due o più delibere assembleari, l'unanimità potrebbe essere raggiunta, attraverso un meccanismo sostanzialmente assimilabile alla vendita, «tramite uno scambio di voti tra due o più delibere (c.d. *logrolling*): "se alla riunione del sindacato voterai in un certo senso rispetto ad un certo argomento, ti prometto che (nella stessa riunione o in una prossima riunione) voterò in un certo senso rispetto ad un altro argomento" (E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 258). Rileva, inoltre, V. CRESTA, *op. loc. cit.*, che, quantunque il vincolo di voto che scaturisce dai patti parasociali in esame (stipulati in occasione della vendita di una partecipazione) possa apparire come una controprestazione che l'alienante richiede in aggiunta al prezzo pattuito, la fattispecie configurerebbe una semplice traslazione del diritto di voto che si innesta sul contratto di compravendita, mentre la vendita del voto designa «la costituzione in capo al c.d. acquirente di un diritto di credito ad un *facere* (la pretesa al voto di un certo tipo), o a un *non facere* (la pretesa alla astensione del voto)».

i cui effetti sono circoscritti a una sola delibera assembleare²⁰⁴, l'art. 2373 c.c. potrebbe forse applicarsi solo riconoscendo che l'assemblea svolge un ruolo decisivo nel garantire al socio la possibilità di cambiare il proprio orientamento sul voto partecipando alla discussione (ipotesi che «sembra possa considerarsi, in concreto, piuttosto remota»²⁰⁵). Inoltre, affermare che i soci, nel momento in cui si recano a votare in assemblea, avrebbero un interesse «astrattamente in conflitto» con quello sociale «anche quando l'unica funzione dell'accordo è quella di anticipare la decisione ad un momento anteriore all'assemblea», presuppone (per ammissione della stessa dottrina che difende questa posizione, oltre alla funzione "ponderativa" dell'assemblea) «una (sempre opinabile) valutazione comparativa degli interessi in gioco»²⁰⁶.

Non si può trascurare, infine, che il problema del conflitto di interessi fra il socio e la società presenterebbe un rilievo, tutto sommato, abbastanza limitato nell'ipotesi in cui il patto coinvolgesse sostanzialmente la totalità del capitale sociale²⁰⁷, giacché in una simile ipotesi dovrebbe escludersi in via di principio la possibilità di un'impugnazione della delibera assembleare sul mancato esercizio dell'azione sociale di responsabilità o sulla rinuncia all'azione stessa da parte di minoranze qualificate estranee al patto o degli organi sociali legittimati in questo senso²⁰⁸.

²⁰⁴ In questo senso i patti in questione si distinguerebbero dai sindacati di voto a maggioranza (o "procedimentali" che dir si voglia), rispetto ai quali la dottrina conviene che se «il socio in conflitto di interessi determina la maggioranza del sindacato nell'esercizio del voto, le azioni che devono essere considerate ai fini della prova di resistenza non sono soltanto quelle del socio in conflitto di interessi, ma tutte quelle del sindacato» (B. VISENTINI, *op. cit.*, p. 12. Conf. L. FARENGA, *op. ult. cit.*, p. 340 s.; P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 249; G.A. RESCIO, *op. ult. cit.*, p. 527 s.; G. CARBONE, *op. cit.*, p. 68; E. MACRÌ, *op. ult. cit.*, p. 139 s. Dissente sul punto G. COTTINO, *op. ult. cit.*, p. 246 s., secondo cui qualora «il socio non in conflitto si obblighi verso quello in conflitto», il sindacato di voto sarebbe nullo per violazione dell'art. 2373 c.c.

²⁰⁵ A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

²⁰⁶ E. SCIMEMI, *op. cit.*, p. 278 s.

²⁰⁷ Si v., per esempio, i casi da Cass., 28 aprile 2010, n. 10215, *cit.*, e Trib. Milano, 16 giugno 2014, *cit.*

²⁰⁸ A meno che, come rileva A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 857, n. 117, non si ritenga che gli organi sociali conservino la legittimazione ad impugnare una delibera assembleare anche quando questa sia approvata con i voti della totalità del capitale sociale. Sostengono questa tesi, per esempio, G. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, *cit.*, p. 240; P. TRIMAR-

CHI, *op. cit.*, p. 242 s.; R. LENER, sub *art. 2377*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, 2004, p. 552; G. GUERRIERI, sub *art. 2377*, *cit.*, p. 533, n. 82. *Contra* P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, *cit.*, p. 174 s. e n. 130; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, p. 235 ss.; ID., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, *cit.*, p. 87 ss.; G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, *cit.*, p. 267 s.; G.A. RESCIO, *op. ult. cit.*, p. 122; R. SACCHI-A. VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, a cura di O. CAGNASSO-L. PANZANI, I, Bologna, 2010, p. 658 s.

SEZIONE II
VINCOLI LEGALI E CONTRATTUALI
PER LA RINUNCIA ALL'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 1. La rinuncia come atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale. La rinuncia all'azione sociale di responsabilità come atto dismissivo di natura non autorizzatoria: critica (rinvio). – 2. Causa e motivo nella rinuncia all'azione sociale di responsabilità. Ancora sulla meritevolezza dell'interesse *ex art. 1322, comma 2, c.c.* – 3. Oggetto determinato o determinabile della rinuncia: il carattere espresso. Sulla distinzione fra rinuncia *post factum*, rinuncia preventiva ed esonero dalla responsabilità. – 4. L'applicazione dell'art. 1229 c.c. agli accordi sulla responsabilità degli amministratori. – 5. L'informazione deliberativa sulla situazione giuridica oggetto della rinuncia. Il ruolo della *due diligence*.

1. La rinuncia come atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale. La rinuncia all'azione sociale di responsabilità come atto dismissivo di natura non autorizzatoria: critica (rinvio).

La rinuncia, benché non espressamente disciplinata nel nostro ordinamento, può essere definita come «negozio unilaterale non recettizio con cui si esercita, sia pure in via negativa, il diritto»¹. Gli effetti di questo negozio (che

¹ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 131. Sul punto C. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005, p. 67, osserva che la rinuncia «costituisce piuttosto una facoltà insita in un particolare diritto, azionando la quale si realizza l'esercizio del diritto stesso, pur se in una dimensione opposta», sicché la rinunciabilità del diritto dovrebbe essere verificata caso per caso in relazione al diritto rinunciato. In senso analogo si esprime F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 62. Riconoscono che la rinuncia rappresenti una particolare modalità di esercitare un diritto anche F. ATZERI VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1915, p. 4; S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 140; A. BOZZI, voce "Rinuncia (diritto pubblico e privato)", in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968; L.V. MOSCARINI, voce "Rinuncia I) Diritto civile", in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1991.

consistono nella mera abdicazione di una situazione giuridica) si producono direttamente nella sfera giuridica del rinunziante; eventuali effetti nei confronti dei terzi rilevano solo indirettamente².

La rinuncia, infatti, comporterebbe sì la dismissione di un diritto, ma non la sua estinzione³ o l'attribuzione a un altro soggetto: essa si traduce nella pura e semplice esclusione del diritto dal patrimonio del soggetto titolare, «sicché gli ulteriori effetti che da ciò possono derivare (modificativi o estintivi del rapporto), pur essendo spesso inevitabili, rappresentano una conseguenza indiretta e riflessa della fattispecie»⁴.

In quanto non dotata di autonomia rispetto al diritto oggetto di dismissione, la rinuncia non è un diritto soggettivo⁵, bensì una manifestazione della volontà che incide direttamente sul legame tra soggetto e diritto e in via mediata sul rapporto giuridico, provocandone la modifica o l'estinzione⁶.

Dal punto di vista della tassonomia giuridica, si è dunque suggerito di qualificarla come «atto unilaterale a carattere patrimoniale nella misura in cui, da un lato, promana da un soggetto titolare di un diritto ed è comunque rivolta

² Una parte della dottrina civilistica ha evidenziato che rinunciare a un diritto significa escluderlo dalla propria sfera patrimoniale, ma non significa che il diritto debba necessariamente estinguersi (portando l'esempio dell'ipoteca che perdura sul diritto di usufrutto anche in caso di cessazione dell'usufrutto per rinuncia e fino al momento in cui si verifica l'evento estintivo): cfr. al riguardo P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 78 ss.; F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 83 ss.; C. COPPOLA, *op. cit.*, p. 69 ss.; *contra* D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 337; S. PIRAS, *op. cit.*, p. 163; L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 136. Inoltre, in contrasto con la tesi secondo cui la dismissione del diritto da parte del titolare comporterebbe comunque l'estinzione del rapporto giuridico (M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948, p. 24), P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 84, obietta che ogni situazione giuridica può riferirsi naturalmente ad un soggetto ma può anche prescindervi (eccetto le ipotesi relative a situazioni giuridiche di carattere personale) e, di conseguenza, che il soggetto rilevarebbe solo quanto a titolarità del rapporto ma non con riferimento al rapporto in sé. Sembra allora ragionevole concludere che la rinuncia al diritto si risolve nella perdita del diritto stesso per il soggetto che ne dispone e, allo stesso tempo, in una vicenda modificativa che solo in via eventuale può estinguere il rapporto giuridico cui il diritto si riferisce, lasciandolo il più delle volte in vita: cfr. C. COPPOLA, *op. cit.*, p. 72; G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 135, n. 13.

³ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 78 ss.; F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 83 ss.; G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 135.

⁴ G. DELL'ATTI, *op. loc. ult. cit.*

⁵ Se così non fosse, la rinuncia si configurerebbe come un diritto che sorge contestualmente ad ogni altro diritto: F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 60 ss.

⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli-Camerino, 1980, p. 95 ss.

ad un altro soggetto parte del rapporto giuridico (unilateralità) e, dall'altro, incide sul rapporto di regola al pari di una vicenda modificativa»⁷.

Più precisamente, si tratterebbe di un atto unilaterale in quanto la rinuncia «ha natura dichiarativa e si dirige verso un altro soggetto, il quale funge da mero destinatario e non, come avviene là dove l'atto sia bilaterale o plurilaterale, da parte coautrice dell'atto e coprotagonista dell'accordo»⁸; si tratterebbe di un atto unilaterale avente natura non recettizia in quanto l'efficacia della dichiarazione prescinde dalla conoscenza che il terzo ne abbia⁹; e si tratterebbe di un atto dal contenuto patrimoniale perché implica la disposizione di un diritto da parte del titolare.

Alla rinuncia potrebbe perciò applicarsi l'art. 1324 c.c., secondo cui «le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale». Sarebbe, cioè, la patrimonialità l'elemento strutturale che giustifica l'applicazione della normativa sui contratti a un atto unilaterale, ove quest'ultimo sia compiuto per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale¹⁰. E si ritiene abbia carattere patrimoniale qualunque atto con cui si dispone di un diritto a favore di un ter-

⁷ G. DELL'ATTI, *op. loc. ult. cit.* Include la rinuncia fra gli atti negoziali unilaterali anche L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, p. 2 ss.

⁸ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 141, secondo cui il carattere dell'unilateralità potrebbe evincersi dalla lettera di numerose norme in tema di rinuncia come gli artt. 1350, 2814 e 2815 c.c.

⁹ Cfr. D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955, p. 324 s.; L. CARRARO, voce "Dichiarazione recettizia", in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino p. 597 ss.; E. FERRERO, voce "Dichiarazione recettizia", in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 353. La natura abdicativa delle rinuncia renderebbe, infatti, irrilevante qualsiasi procedimento per portare l'atto a conoscenza del terzo: cfr. F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 171; A. BOZZI, *op. cit.*, p. 1146; L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰ Si v. N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 560 ss., il quale sottolinea che l'art. 1324 c.c. non dovrebbe essere considerato come una norma sul negozio giuridico che si limita ad accomunare contratti e atti unilaterali in quanto dichiarazioni di volontà, ma come una regola che, attraverso il filtro della compatibilità, estende la disciplina dei primi ai secondi. Quale, invece, la norma generale in materia di contratti presupponga la bilateralità (o la plurilateralità) del rapporto, essa non potrà essere applicata agli atti unilaterali: cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico, cit.*, 249 ss.; ID., *Trattato di diritto civile*, III, Padova, 2015, p. 21 ss.; N. IRTI, *op. cit.*, p. 562.

zo, senza alcun riguardo all'effetto che tale atto produce (sia esso traslativo, costitutivo, estintivo o abdicativo)¹¹.

Calando queste valutazioni nell'ambito del diritto societario, in particolare, per verificare la compatibilità dei principi che informano la struttura dell'atto di rinuncia con le norme sulla responsabilità degli amministratori e sulla rinuncia all'azione sociale *ex art. 2393*, ultimo comma, c.c., si è obiettato che, qualificando quest'ultima come rinuncia al diritto sostanziale, si dovrebbe escludere la natura autorizzatoria della delibera con cui la società abdica a un'eventuale pretesa risarcitoria nei confronti degli amministratori: in primo luogo, la delibera in questione non potrebbe essere inclusa fra le delibere autorizzatorie di cui all'art. 2364, comma 5, c.c. «perché la distinzione tra riserva di competenza e riserva di autorizzazione permette di riconoscere delibere dell'assemblea a carattere gestorio e a carattere autorizzatorio e, dunque, di vagliare in maniera diversa gli effetti delle une e delle altre, con la conseguenza che le delibere assembleari di carattere autorizzatorio non liberano gli amministratori dalla responsabilità derivante dal compimento degli atti autorizzati»; in secondo luogo, se intesa come rinuncia in via preventiva, la delibera assembleare di rinuncia all'azione sociale di responsabilità «rappresenterebbe comunque un modo per aggirare proprio l'art. 2364, n. 5., c.c., in quanto celerebbe sostanzialmente un'autorizzazione da parte dell'assemblea a favore degli amministratori per il compimento di determinate operazioni e, nello stesso tempo, lascerebbe i componenti dell'organo di gestione immuni da ogni relativa responsabilità»¹².

Il richiamo all'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c. appare, tuttavia, fuorviante sotto un triplice profilo.

Innanzitutto, si è già avuto modo di spiegare che, anche in caso di autorizzazione da parte dell'assemblea, la competenza esclusiva in materia di gestione e la discrezionalità degli amministratori (su cui si fonda la responsabilità

¹¹ Cfr. L. MENGONI-F. REALMONTE, voce "Disposizione (atto di)", in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.; F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 927 s.; E. BETTI, *op. cit.*, p. 299.

¹² G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 160 s.

ex art. 2392 c.c.) non sarebbero messe in discussione. Si è chiarito, inoltre, che, ove l'assemblea fosse chiamata a decidere su un oggetto attribuito dalla legge alla sua competenza, la delibera non avrebbe per oggetto né la liberazione degli amministratori da una loro responsabilità né l'approvazione del loro operato e, quindi, che l'assemblea dei soci non si troverebbe a disporre di un proprio diritto di credito né tantomeno della pretesa risarcitoria sottesa all'art. 2393 c.c. Infine, dal punto di vista sistematico, si è tentato di dare conto sia di quali sarebbero i rimedi esperibili dalla minoranza nell'ipotesi in cui l'assemblea si trovasse a deliberare sul compimento di un atto di gestione, sia del fatto che la previsione di cui all'art. 2364, comma 1, n. 5 c.c. non confligge in alcun modo con la possibilità di disporre in via preventiva dell'azione sociale di responsabilità e, soprattutto, dell'interesse tutelato dalla norma.

Ferma, dunque la natura dispositiva della delibera di rinuncia, è necessario appurare se il concetto tecnico di causa, proprio della disciplina generale sui contratti, sia applicabile anche alle deliberazioni assembleari.

2. Causa e motivo nella rinuncia all'azione sociale di responsabilità. Ancora sulla meritevolezza dell'interesse ex art. 1322, comma 2, c.c.

Qualunque tentativo di riassumere il dibattito dottrinale riguardante la natura e la funzione della causa come requisito essenziale del contratto sarebbe fuori luogo, oltre che pretenzioso¹³.

¹³ Per approfondimenti cfr. perciò, senza alcuna pretesa di completezza, E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 894 ss.; M. GIORGIANNI, voce "Causa (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 127 ss.; G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico (a proposito di un recente libro)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 1497 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari - Dei requisiti del contratto (Art. 1321-1352)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 300 ss.; M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, IV, p. 1327 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato*

Il primo aspetto che qui si intende approfondire è, invece, la compatibilità delle regole sulla causa con l'atto di rinuncia in quanto atto unilaterale a contenuto patrimoniale.

Da tempo si è affermata l'idea che la causa del contratto, intesa come la sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalle parti¹⁴, sia lo strumento per mezzo del quale è possibile controllare non più la c.d. "socialità" del contratto, quanto piuttosto la sua utilità, nella misura in cui tali interessi si presentano, secondo un giudizio prognostico, come oggettivamente idonei a costituire elementi precettivi del rapporto giuridico in termini di normalità e ragionevolezza¹⁵.

Peraltro non sarebbe solo la causa ad assumere un valore normativo rilevante, perché anche il motivo – benché si tratti di un elemento di carattere astrattamente soggettivo ed estraneo alla struttura causale tipica del contratto¹⁶ – potrebbe atteggiarsi come criterio utile a definire, sulla base di un giudizio di meritevolezza oggettiva (condotto questa volta a posteriori), la modulazione degli interessi di cui la causa si compone, integrandola. Lo stesso art. 1345 c.c.,

di diritto privato, diretto da G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 2011, p. 345 ss.; ID., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.; A. DI MAJO, voce "Causa del negozio giuridico", in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1978; R. SACCO, *La causa*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 777 ss.; AA. VV., *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, Torino, 1997, passim; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 541 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 41 ss.; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, p. 981 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, p. 85 ss.

¹⁴ In giurisprudenza si v., ad esempio, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, p. 621, con nota di F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*.

¹⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 107 ss.; G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 145.

¹⁶ Sul motivo sia consentito rinviare, per una trattazione più esauriente, a G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, p. 7 ss.; G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 380 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 227 ss.; ID., *Causa tipica e "motivo" del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1098 ss.; G. FERRANDO, voce "Motivi", in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; C. SCOGNAMIGLIO, voce "Motivo (del negozio giuridico)", in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 466 ss.; ID., *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 165 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 375 ss.; ID., *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, (nota a Cass. 3 aprile 1970, n. 896), in *Foro it.*, 1971, I, p. 2377 ss. e in G. ALPA-M. BESSONE-V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1980, p. 43 ss.

nel sancire che il motivo determina l'illiceità del contratto se è anch'esso illecito, determinante e comune alle parti¹⁷, non solo sembra riconoscere l'importanza di tale elemento nell'economia del contratto¹⁸, ma, anzi, che il motivo, per contribuire a un giudizio finale di liceità, deve essere, interpretando *a contrario* il testo della norma, oltre che *determinante e comune* alle parti, per l'appunto, lecito¹⁹.

In ogni caso è bene non dimenticare che la causa svolge una funzione tipica, mentre il motivo, come si accennava, ha una funzione soltanto integrativa, «con l'effetto che l'irrealizzabilità o la mancanza di una causa implica l'assenza di una minima razionalità dell'affare (propria ed essenziale della valutazione prognostica di primo livello) e comporta la radicale nullità del contratto, mentre l'irrealizzabilità o la mancanza di un motivo, pur lasciando impregiudicata la razionalità dell'affare, lo rende inidoneo a tutelare gli interessi di fatto concretamente perseguiti, sicché consente l'utilizzo del rimedio risolutorio»²⁰.

Se la causa del contratto può essere così concepita, non vi sarebbe alcuna ragione di sostenere che, nella rinuncia, la sua funzione debba venir meno per via della natura dispositiva e non attributiva del negozio. Si è obiettato, infatti, che la rinuncia si presenta «come negozio autonomo e perfetto»²¹: per quanto la sua causa possa definirsi, per così dire, neutra, nel senso che essa esula «dai consueti parametri dell'onerosità e della gratuità»²², non persuade affatto la tesi secondo cui la mancanza di un'attribuzione patrimoniale la renderebbe astratta²³ (quanto meno nell'ipotesi in cui l'atto costituisca una prestazione isolata²⁴),

¹⁷ Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 381; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 461 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 170 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 378 ss.

¹⁸ Sostiene, invece, che l'art. 1345 c.c. costituisca una semplice eccezione al principio per cui il motivo che ha spinto le parti a contrarre è di regola irrilevante E. REDENTI, *op. ult. cit.*, p. 814 ss.

¹⁹ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 146.

²⁰ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 147. Per ulteriori ragguagli cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 98; C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 175, n. 33.

²¹ C. COPPOLA, *op. cit.*, p. 79.

²² C. COPPOLA, *op. cit.*, p. 80.

²³ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 566.

²⁴ Così M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 568; G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 913 ss.; F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 929. Se non che l'astrattezza rappresenterebbe solo uno dei diversi modi in cui può manifestarsi la causa che, quindi, costituirebbe un requisito necessario anche per le prestazioni isolate: cfr. F. FERRARA, *Sul concetto dei*

né, soprattutto, quella secondo cui la rinuncia sarebbe un negozio acausale²⁵. Pertanto sembra legittimo concludere che la rinuncia, come atto unilaterale a contenuto patrimoniale, deve constare di una causa e che essa «esprime un interesse meritevole di tutela, costituito dalla stessa possibilità di disporre del diritto tramite l'atto estremo della dismissione, la quale assurge a fondamento causale della rinuncia nel momento in cui l'effetto abdicativo perseguito, in sé ovvero *in un contesto complesso di rapporti giuridici collegati*, sia caratterizzato da elementi di utilità che l'ordinamento autorizza e stimola con la rinuncia di volta in volta disciplinata»²⁶. In sintesi, la rinuncia potrebbe giustificarsi, dal punto di vista causale, ogniqualvolta la dismissione del diritto sia conforme a un interesse che l'ordinamento ammette possa essere perseguito mediante apposito regolamento negoziale²⁷.

Per valutare il fondamento causale della rinuncia e la sussistenza di un concreto interesse a dismettere il diritto sarà, quindi, necessario analizzare tale regolamento sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo²⁸ e verificare caso per caso in quale misura esso incida sulla realtà giuridica²⁹, facendo riferimento alle

negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento, in *Riv. dir. comm.*, 1904, p. 281 ss.; U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 25; M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, p. 265 ss.

²⁵ Cfr. A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali (Artt. 1987-1991)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996, p. 495; R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 592; Per ulteriori riferimenti sulle diverse posizioni della dottrina cfr. F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, *cit.*, p. 928 ss.; ID., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato. I. Parte generale*, *cit.*, p. 115.

²⁶ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 149 (corsivo aggiunto).

²⁷ G. DELL'ATTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁸ Applicando, cioè, anche la disciplina sui motivi (art. 1345 c.c.) che, data la loro funzione integrativa, permettono di «rivelare gli interessi effettivamente sottesi all'operazione» e «comportano un giudizio di nullità solo qualora costituiscano l'interesse *unico, determinante ed illecito* che ha spinto un soggetto a dismettere un diritto»: cfr. G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 151 (i corsivi sono dell'Autore). In tema si v. però anche G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 383; C. SCOGNAMIGLIO, voce «*Motivo (del negozio giuridico)*», *cit.*, p. 472; ID., *Problemi della causa e del tipo*, *cit.*, p. 76; F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 240 ss.; C. COPPOLA, *op. cit.*, p. 92 ss.

²⁹ A questo proposito G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 372, ritiene che la causa rappresenti un «indice di come il regolamento negoziale di interessi sia l'espressione oggettiva di talune finalità soggettive».

fattispecie già codificate dall'ordinamento³⁰ (nel caso di specie, quella di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c.).

L'individuazione di un'autonoma causa nelle delibere dell'assemblea ha occupato la dottrina già nel vigore della disciplina antecedente la riforma del 2003³¹. Senza avere la presunzione di esaurire l'argomento, al fine di stabilire se la delibera di rinuncia possa essere inclusa nella categoria degli atti unilaterali a contenuto patrimoniale e, quindi, se a detta fattispecie possa applicarsi l'art. 1324 c.c., vale la pena richiamare l'opinione espressa di recente dalla dottrina, secondo cui «si può affermare che:

i) le deliberazioni assembleari hanno prevalentemente, ma non esclusivamente, natura organizzativa, sicché esse possono anche comportare la costituzione, modificazione ed estinzione di situazioni giuridiche soggettive;

ii) l'ambito di applicazione dell'art. 1324 c.c. è ampio e può ricomprendere le delibere solo e soltanto qualora esse siano nel concreto caratterizzate da patrimonialità e là dove [...] la norma in materia di contratti superi il vaglio di compatibilità;

iii) il concetto tecnico di causa è applicabile anche agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale e, dunque, anche alle deliberazioni assembleari al ricorrere dei presupposti innanzi esposti»³².

³⁰ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 150.

³¹ Risolve la questione in senso positivo G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 465 ss. *Contra* G. FERRI, *Le società*, *cit.*, p. 634; A. GAMBINO, *op. ult. cit.*, p. 101 ss.; P. FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1971, p. 73 ss., 113 ss. Dopo la riforma cfr., per tutti, G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 58 ss.; ID., *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, *cit.*, p. 33 ss.

³² G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 168. Sul punto i) cfr. L. BUTTARO, *Recensione ad ALESSANDRO GRAZIANI, "Diritto delle società"*, Napoli, 1960, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1960, p. 298 ss.; F. CHIOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1989, p. 79 ss.; P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 136 ss.; G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 466. Di particolare interesse, poi, risulta il punto di vista di P. ABBADESSA, *op. ult. cit.*, p. 161 s., il quale, sottolineando che l'azione collegiale difetta «di situazioni idonee ad imprimere al testo quella specifica destinazione *ad alterum* necessaria a realizzare l'emissione (e, perciò, a perfezionare la produzione) delle dichiarazioni recettizie (o, semplicemente indirizzate)», nel caso in cui il procedimento si concluda con una dichiarazione di questo tipo, «occorre che il collegio asseconi la direzione dell'atto mediante comportamenti accessori idonei a promuovere la conoscenza della delibera da parte del terzo interessato». Sul punto ii) v. anche G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 466.

In particolare, alcune delibere (e fra queste rientrerebbero anche quelle di rinuncia), sarebbero atti distinti rispetto al contratto sociale in quanto volte a esercitare l'attività d'impresa (cioè ad attuare il «progetto societario»)³³ e, quindi, dotate di una causa propria e autonoma³⁴.

Non si porrebbe, allora, alcun problema di compatibilità *ex art.* 1324 c.c. con la disciplina generale sui contratti, almeno nella misura in cui la delibera di rinuncia adottata nel rispetto della procedura di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c., da un lato, si risolve in una dichiarazione indirizzata all'amministratore (il quale, al contrario di quanto avviene nel caso di un atto bilaterale o plurilaterale, non è parte dell'accordo) e, dall'altro lato, «modifica una situazione giuridica preesistente avente carattere patrimoniale»³⁵ (perché la sua adozione ha come immediata conseguenza la dismissione del diritto di credito derivante dagli atti di *mala gestio* degli amministratori).

Ora, dal momento che, come si è visto, la causa di un negozio, affinché questo non venga dichiarato illecito, dovrebbe sottostare a un controllo in termini di utilità, è necessario che anche la rinuncia all'azione sociale *ex art.* 2393 c.c. sia in qualche modo utile alla società, tenuto conto della sua già menzionata funzione organizzativa (che si esprime sia nel rapporto fra maggioranza e minoranza sia nei rapporti fra i diversi organi sociali) e delle ricadute che questa scelta potrebbe avere sulle finanze della società, producendo effetti riflessi sia sui destinatari della rinuncia sia sui soggetti che intrattengono rapporti con la società.

In quest'ordine di idee si può osservare che l'interesse protetto dall'art. 2393, ultimo comma, c.c. e sotteso alla scelta di rinunciare ad agire nei confronti degli amministratori «è, inevitabilmente, quello degli azionisti, considerati nel loro complesso, a massimizzare il proprio investimento e, nel contempo, a reintegrare la perdita di valore delle proprie azioni (subita a seguito del danno pro-

³³ G. DELL'ATTI, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ Cfr. ancora G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 467.

³⁵ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 169.

vocato da atti dolosi o colposi degli amministratori) con un'altra utilità»³⁶; pertanto, l'utilità concreta della rinuncia starebbe nella "trasposizione" del valore (la redditività dell'investimento) di cui i soci si trovano a disporre, nel senso che la rinuncia «deve tradursi in uno strumento per creare o, quanto meno, per non disperdere valore»³⁷. In seconda battuta, atteso che l'atto di rinuncia si ripercuote su interessi cosiddetti "altri" (comunque tutelati da norme ulteriori rispetto a quella dettata dall'art. 2393, ultimo comma, c.c.), la dismissione del diritto di credito dovrebbe inserirsi in un più vasto programma idoneo a procurare un beneficio alla società nel suo complesso³⁸, senza che ciò precluda la possibilità di soddisfare in via mediata anche interessi di soggetti estranei (laddove sussista un collegamento funzionale fra questi e l'interesse sociale³⁹). In altre parole, la rinuncia all'azione sociale di responsabilità *ex art. 2393*, ultimo comma, c.c. «permette di imprimere al diritto di credito vantato nei confronti degli amministratori un vincolo di destinazione diverso, tale da comportarne una modificazione qualitativa: da valore necessario alla reintegrazione di un danno a valore utile per l'esercizio dell'impresa»⁴⁰.

Si è ipotizzato che, nella prassi, la causa della delibera potrebbe soddisfare l'interesse dei soci a incrementare il valore del proprio investimento «i) qualora emergano limiti derivanti dall'andamento del processo che facciano propendere i soci per la scelta di rinunciare alla luce di una valutazione che tenga conto della preponderanza dei costi rispetto ai benefici»⁴¹, ovvero, in alternati-

³⁶ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 175.

³⁷ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 177.

³⁸ Cfr. P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla Riforma; I: La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 673 ss.; G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 178.

³⁹ V. CALANDRA BONAURA, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 526 ss.; G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 175.

⁴⁰ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 178.

⁴¹ Così G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 179 e n. 113, portando l'esempio di un'azione sociale di responsabilità della cui fondatezza (compimento di atti di *mala gestio*, sussistenza del danno) i soci siano in principio del tutto convinti, salvo poi ricredersi nel momento in cui non emergano dati certi per fornire all'azione un adeguato supporto probatorio ovvero si accerti che il danno cagionato dall'amministratore è irrisorio: a fronte di un'attenta analisi dei costi e dei benefici, «potrebbe essere valutata dai soci conveniente una rinuncia rispetto alla prospettiva di sostenere

va, «*ii*) allorquando gli amministratori, pur avendo compiuto colposamente atti dannosi per la società, siano considerati *managers* capaci che hanno permesso alla società di raggiungere obiettivi invidiabili; in tal caso, la scelta di rinunciare rappresenta un modo per fidelizzare un componente valente dell'organo di gestione che abbia commesso un errore, allo scopo di permettergli di continuare a conseguire risultati economici positivi per la società»⁴². Altrettanto probabile, però, è che l'interesse perseguito mediante la delibera sia «un qualsiasi “interesse socialmente orientato” funzionale al conseguimento dell'interesse sociale», ad esempio nell'ipotesi in cui i beneficiari della rinuncia siano «amministratori noti e pubblicamente apprezzati ovvero essi abbiano recato un danno alla società in virtù di scelte gestorie colpevolmente azzardate, ma rivolte a finalità sociali, morali od etiche»; l'utilità starebbe, in questo caso, nel ritorno pubblicitario, nella fidelizzazione della clientela o, più in generale, nel “recupero di immagine” da parte della società di fronte all'opinione pubblica⁴³.

Analoghe conclusioni possono trarsi anche per i patti parasociali, stipulati in occasione dell'acquisto di un pacchetto azionario o di una quota di società a responsabilità limitata, che prevedono in capo all'acquirente l'impegno a non votare a favore dell'azione sociale di responsabilità o a rinunciarvi: per superare il vaglio sulla liceità della causa, l'accordo dovrebbe produrre in qualche modo un vantaggio per la società.

ingenti costi legali e, eventualmente, vedere rigettata la domanda con una eventuale (e magari esosa) condanna alle spese di giudizio».

⁴² G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 179 s. e n. 114, immaginando che sia stata deliberata un'azione sociale di responsabilità nei confronti di un amministratore che, impegnato in progetto particolarmente remunerativo, abbia per questa ragione, trascurato un altro ramo di attività: per concludere l'affare ed evitare le dimissioni dell'amministratore, potrebbe risultare più conveniente la rinuncia all'azione.

⁴³ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 180 s. e n. 115, secondo cui le ipotesi di cui sopra «possono essere ricondotte al comportamento dell'amministratore che: *i*) abbia omesso colpevolmente di licenziare un certo numero di dipendenti benché si trattasse di una scelta necessaria sotto il profilo finanziario, in mancanza della quale era preventivato che la società subisse un serio danno; *ii*) abbia omesso di stipulare un lucroso contratto con un'altra società per la sola ragione che i prodotti di quest'ultima vengono fabbricati in maniera pur sempre legittima, ma in Paesi nei quali sono ammesse pessime condizioni di lavoro dei dipendenti; *iii*) abbia adottato una costosissima (e non obbligatoria) politica imprenditoriale a favore dell'ambiente, che si sia rivelata talmente onerosa da rendere improduttivi interi rami di attività».

Si potrebbe allora fare l'esempio di un patto con cui uno o più soci alienanti e l'acquirente (nonché futuro socio) si accordino per sottrarre amministratori "meritevoli" (nell'accezione appena illustrata) a future iniziative giudiziarie che si prospettano, se non azzardate o del tutto inutili, eccessivamente onerose (in rapporto ai prevedibili esiti), o che avrebbero come unico effetto, qualora gli amministratori nominati dai soci alienanti restassero in carica, quello di pregiudicare gli assetti proprietari o l'efficienza della *governance* societaria: da un lato, un procedimento potrebbe avere serie ricadute sulla reputazione della società, provocando una sensibile diminuzione nel valore di mercato delle partecipazioni e scoraggiandone l'acquisto da parte di terzi⁴⁴; dall'altro, gli amministratori si troverebbero a operare sotto la costante minaccia di dover rispondere di scelte sì dannose ma compiute magari in buona fede (o comunque senza che i soci avessero sollevato contestazioni) durante la pregressa gestione.

Un accordo di questo tenore, peraltro, produrrebbe un ulteriore risultato utile per la società, ossia agevolare la circolazione delle partecipazioni, tutelando l'interesse alla liquidazione dell'investimento e contribuendo a risolvere eventuali situazioni di stallo e di conflitto⁴⁵: sono interessi, questi, che, com'è noto, caratterizzano anche i cosiddetti "patti di co-vendita e trascinarsi" (*drag along*) e della cui meritevolezza non sembra si possa dubitare⁴⁶; essi appaiono, infatti, perfettamente conformi alla logica che ispira le norme del T.U.F. e che, secondo la dottrina, «può essere individuata nella ricerca di un punto di equilibrio tra l'interesse alla stabilità del controllo e l'interesse alla contendibilità, tra il principio dell'autonomia privata, cioè della libertà negoziale, e i possibili effetti discorsivi del mercato»⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 14.

⁴⁵ Purché di questi patti si dia adeguata pubblicità per dare modo anche ai soci di minoranza di intervenire in assemblea e di votare consapevolmente: cfr. *supra*, cap. I, § 6 e *infra*, in questo capitolo, § 5.

⁴⁶ Cfr. A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 886.

⁴⁷ P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, IV, 2, Padova, 2004, p. 139.

Giova ricordare, inoltre, che la stessa logica non è estranea alla disciplina sulla durata e sulla pubblicità dei patti parasociali di società non quotate introdotta nel codice civile con la riforma del 2003: se è vero che in questo tipo di società l'interesse alla contendibilità del controllo si pone in termini meno stringenti, è altrettanto vero che, «anche in mancanza di un coinvolgimento del mercato e della generalità degli investitori, sussiste pur sempre un analogo interesse a favorire un ricambio nelle posizioni “di comando” della società, in capo a terzi (soci, o potenziali tali) estranei al patto, che il legislatore ha riconosciuto come meritevole di tutela»⁴⁸.

Al di là di queste schematiche suggestioni, resta fermo che la meritevolezza dei patti in esame dovrà essere verificata, come si è detto, caso per caso, accertando quali siano in concreto gli interessi che sorreggono l'accordo⁴⁹.

A questo proposito sono forse utili due precisazioni.

In primo luogo, riguardo alla funzione integrativa del motivo, il suo rilievo nel procedimento che si concluda con l'adozione di una delibera di rinuncia dovrà essere ponderato facendo riferimento alla disciplina sull'esercizio del diritto di voto. E poiché in tema il legislatore ha dettato alcune norme *ad hoc* sia per l'ipotesi di voto invalido, regolata dall'art. 2377, comma 5, n. 2), c.c., sia per l'ipotesi di voto espresso in conflitto di interessi con la società (art. 2373 c.c.), sembra degna di essere condivisa l'opinione per cui «il motivo sotteso al singolo voto può costituire anche nelle deliberazioni di rinuncia uno strumento utile per l'individuazione della causa, ma che la natura determinante e comune del motivo e la relativa reazione dell'ordinamento ai vizi del voto rimangono istituti cui si applicano esclusivamente le diverse regole societarie»⁵⁰.

In secondo luogo, se si può ammettere che la delibera di rinuncia (al pari di altre delibere aventi carattere organizzativo) sia dotata di una causa auto-

⁴⁸ A. BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 802.

⁴⁹ Cfr. *supra*, in questo capitolo, § 4. Per un'apertura in questa direzione da parte della più recente giurisprudenza si v. Trib. Milano, 16 giugno 2014, *cit.*

⁵⁰ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 182.

ma e distinta dal contratto sociale, e se la sua utilità (nei termini poc' anzi delineati) può essere misurata, nella linea di ragionamento che qui si è tentato di abbozzare, «in un contesto complesso di rapporti giuridici collegati», il giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. potrebbe essere condotto ipotizzando un collegamento negoziale fra il contratto per l'acquisto della partecipazione, il patto parasociale, il contratto di società e la stessa delibera, cioè non restringendo il giudizio alla causa del patto, ma valutando se dall'impianto dell'operazione nel suo complesso traspaiano interessi che l'ordinamento ritiene non debbano essere censurati⁵¹: ove la delibera di rinuncia rappresenti davvero uno strumento utile a creare valore per l'impresa, il patto parasociale che regoli un impegno sul voto assembleare in questo senso sarebbe soltanto una delle fasi del processo in cui si articola questa trasposizione di valore (cui si aggiungerebbero i benefici arrecati dal trasferimento della partecipazione).

⁵¹ Sul collegamento negoziale cfr., in termini non esaustivi, A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 259 ss.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce "Collegamento negoziale", in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 381 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 279 ss.; R. MINUTILLO TURTUR, *I negozi collegati*, in *Giust. civ.*, 1987, II, p. 251 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1993, *passim*; G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 233 ss.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, *passim*; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, *passim*; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000, *passim*; V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 387 ss. Vale la pena ricordare, poi, che, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, si ha un collegamento funzionale, e non meramente occasionale, fra più negozi giuridici quando ricorre sia un nesso teleologico oggettivo sia un comune intento delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi (che conservano ciascuno la propria causa) ma anche il loro coordinamento per realizzare un fine ulteriore: cfr. Cass., 23 giugno 2003, n. 9970, in *Arch. civ.*, 2004, p. 512; Cass., 16 maggio 2003, n. 7640, in *Arch. civ.*, 2004, p. 400; Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contratti*, 1999, p. 336, con nota di A. GRISSINI, *Sulla definizione di collegamento contrattuale*; Cass., 27 gennaio 1997, n. 827, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1142; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1093 con nota di G. CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2759.

3. *Oggetto determinato o determinabile della rinuncia: il carattere espresso. Sulla distinzione fra rinuncia post factum, rinuncia preventiva ed esonero dalla responsabilità.*

Che la rinuncia debba constare, oltre che di una causa, anche di un oggetto e, quindi, che anche nella rinuncia trovi applicazione la relativa disciplina, non dovrebbe essere tema di per sé controvertibile, una volta che si convenga sulla patrimonialità del negozio, giacché «l'oggetto è tale nell'atto unilaterale e nei contratti»⁵², che si caratterizzano, invece, per avere struttura bilaterale o plurilaterale. A maggior ragione, il problema non dovrebbe porsi nemmeno per i patti parasociali che prevedono l'impegno a rinunciare all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Com'è fin troppo noto ai cultori del diritto civile, l'oggetto del contratto è tema quanto mai discusso, che la dottrina, quando non ha voluto rifarsi a una concezione unitaria⁵³, ha identificato, di volta in volta, con la prestazione dedotta nel contratto⁵⁴, nel bene oggetto della prestazione⁵⁵ ovvero nel contenuto del contratto⁵⁶.

Poiché si tratta di questioni che esulano dalla presente indagine, ci si limiterà ad uno degli aspetti più critici relativi alla definizione dell'oggetto (nella

⁵² G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 152

⁵³ Cfr. F. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 120 ss.; G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 19, che distingue fra contratto a contenuto obbligatorio, il cui oggetto «s'identifica con il diritto alla prestazione o con la prestazione tout court», e contratto a contenuto dispositivo, il cui oggetto «si identifica con il diritto sulla cosa o con la cosa tout court ovvero con il rapporto giuridico preesistente» (i corsivi sono dell'Autore).

⁵⁴ P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962, p. 60 ss.; A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 286.

⁵⁵ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 578; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 1973, p. 136; G.B. FERRI, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994, p. 350.

⁵⁶ N. IRTI, voce "Oggetto del negozio giuridico", in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 803 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano 1987, p. 211 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed., p. 320 s.

fattispecie, del negozio di rinuncia e, più in particolare, la rinuncia all'azione sociale di responsabilità), ossia la sua determinatezza e determinabilità.

È convinzione ampiamente condivisa sia in dottrina sia in giurisprudenza che, ove dal contratto (o dall'atto che dir si voglia) non possa evincersi chiaramente il suo oggetto e, dunque, questo non possa dirsi determinato, la determinabilità dovrà essere ancorata alla sussistenza di elementi certi e oggettivi⁵⁷, come le modalità, precise e definitive, «tali che la determinazione si risolva in un'attività di mero accertamento»⁵⁸ (e in questo caso si parlerà di contratto *per relationem*) o, ancora, un «parametro adeguato presente o futuro, capace di individuare l'elemento rimasto in sospeso»⁵⁹.

Ed è convinzione altrettanto condivisa che «il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto esprime un elementare esigenza di concretezza dell'atto contrattuale, e cioè l'esigenza che le parti sappiano fondamentalmente qual è l'impegno che assumono»⁶⁰ al momento di «costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

Sulla base di tali presupposti, si potrebbe, dunque, sostenere che «la rinuncia ad un diritto di credito ha un oggetto determinato o determinabile solo se permette di individuare la situazione giuridica da cui il credito scaturisce o in virtù della quale sorgerà»⁶¹.

Per quanto concerne le delibere assembleari, occorre specificare che il legislatore non solo opera una netta distinzione fra oggetto e contenuto⁶², in linea

⁵⁷ Cfr., per esempio, Cass., 7 marzo 2011, n. 5385, in *Contratti*, 2011, p. 481; Trib. Milano, 23 febbraio 2005, in *Contratti*, 2005, p. 853, con nota di R. SENIGAGLIA, *L'oggetto del contratto tra determinabilità e necessaria determinatezza*.

⁵⁸ F. CARRESI, *op. cit.*, p. 231.

⁵⁹ Così R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2004, 3° ed., p. 117, il quale precisa che, «[d]ato un contratto, il cui contenuto sia indeterminato, non si deve domandare se esso sia genericamente determinabile; si deve domandare se sia convenzionalmente determinabile, se la legge preveda una determinazione legale, e se consenta una determinazione giudiziale.

⁶⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 327.

⁶¹ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 154. Conf. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 336 ss.; L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 5; F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 431; C. COPPOLA, *op. cit.*, p. 159 ss.

⁶² Si leggano in proposito gli artt. 2377, comma 5, n. 3) e 2379, comma 3, c.c.

con le elaborazioni della dottrina civilistica sulla differenza fra oggetto e contenuto del contratto, ma mostra altresì di attribuire all'espressione "oggetto della delibera" un significato che varia in funzione della rilevanza (formale o sostanziale) di tale concetto o del settore di disciplina su cui la norma interviene⁶³.

Tanto premesso, sembra legittimo ritenere, malgrado sia tuttora invalsa l'opinione secondo cui l'oggetto di una delibera assembleare può essere descritto in un'accezione così ampia da coincidere con il contenuto della delibera stessa⁶⁴, che, quando ci riferisce all'"oggetto", si allude non alla materia sulla quale l'assemblea è chiamata a decidere, bensì al «contenuto concreto dell'oggetto» della delibera⁶⁵ e che, nel caso di una delibera di rinuncia all'azione sociale di responsabilità *ex art. 2393*, ultimo comma c.c., la delibera è il contenente e l'atto di rinuncia è il contenuto⁶⁶.

Non persuade, invece, la tesi di chi afferma che l'oggetto della delibera di rinuncia all'azione sociale di responsabilità (ma il discorso potrebbe valere anche per i patti parasociali con oggetto identico o analogo) sarebbe determinabile solo se richiamasse operazioni di gestione già realizzate dagli amministratori, poiché la rinuncia preventiva all'azione sociale per future operazioni che potrebbero rivelarsi dannose «non permetterebbe ai soci di valutare la sussistenza dell'interesse a dismettere il diritto» e, soprattutto, oltre che illegittima per violazione degli artt. 1229 e 2364, n. 5), c.c., «non renderebbe concretamente percepibile ai soci su che cosa essi si esprimono, non esistendo ulteriori parametri adeguati tali da far reputare determinato o determinabile l'oggetto rinunciato

⁶³ Cfr. G. GUERRIERI, *La nullità delle delibere assembleari: la fattispecie*, cit., p. 73; ID., *La nullità delle delibere assembleari di società per azioni*, cit., p. 101 ss.; M. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 337.

⁶⁴ G. GUERRIERI, sub artt. 2379-2379-ter, cit., p. 586 ss.; ID., *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 586 ss.; M. CENTONZE, *op. cit.*, p. 337.

⁶⁵ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 183, il quale afferma che questa sia un'interpretazione valida anche per l'art. 2379, comma 1, c.c., al pari di G. ZANARONE, *op. ult. cit.*, p. 418.

⁶⁶ G. DELL'ATTI, *op. loc. ult. cit.*

all'infuori dei fatti che hanno integrato l'inadempimento degli amministratori»⁶⁷.

In questa prospettiva, l'effetto preclusivo della rinuncia – che «non si realizza con riferimento a un generico e unitario diritto della società, ma si appunta sui singoli e autonomi diritti al risarcimento del danno derivanti da ciascun fatto rilevante in cui deve “scomporsi” l'attività di gestione produttiva di responsabilità»⁶⁸ – dipenderebbe dal grado di determinatezza dei singoli episodi di *mala gestio* alla base della pretesa risarcitoria *ex art.* 2393 e 2476 c.c., ossia: la rinuncia potrebbe produrre i suoi effetti solo se riferita a fatti individuabili a priori con un sufficiente grado di precisione⁶⁹.

A questo scopo non sarebbe necessario che la società abbia già promosso l'azione giudiziale⁷⁰, né tantomeno che il suo esercizio sia stato oggetto di apposita delibera da parte dell'organo sociale competente⁷¹. In ogni caso è pacifico che l'art. 2393, ultimo comma, e l'art. 2476, comma 5, c.c. possano essere applicati anche agli atti dispositivi che precedono il giudizio e la decisione dei soci di agire nei confronti degli amministratori⁷².

⁶⁷ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 184 s. e n. 128, secondo cui dovrebbe essere accolta «una nozione certa e poliedrica, sebbene influenzata dai concetti di determinatezza e determinabilità, di oggetto della rinuncia all'azione sociale, riferita tanto al bene rinunciato (l'oggetto determinato: il diritto di credito derivante dal danno provocato dagli amministratori), quanto alla situazione giuridica dismessa (l'oggetto determinabile: la realtà oggettiva del diritto di credito, la quale interessa il rapporto giuridico sottostante e, dunque, l'operazione illegittima foriera di danni». In senso analogo (con riguardo alla rinuncia ai diritti futuri) si v. R. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*; L.V. MOSCARINI, *op. loc. ult. cit.*; F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 431; C. COPPOLA, *op. cit.*, p. 169 ss.

⁶⁸ V. PINTO, *Gli atti di disposizione dell'azione di responsabilità, cit.*, p. 691. Conf. P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 289 ss.

⁶⁹ Si v. G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni, cit.*, p. 360; P. BENAZZO, *op. loc. ult. cit.*; G.B. PORTALE, *Note in tema di “scarico” e di “riproponibilità” dell'azione di responsabilità sociale ex artt. 2392-2393 c.c., cit.*, p. 293 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società, cit.*, p. 197 s.

⁷⁰ V. PINTO, *op. ult. cit.*, p. 692. Sembrano, invece, condividere la tesi opposta V. ALLEGRI, *op. cit.*, p. 311; G. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 717.

⁷¹ Così V. PINTO, *op. loc. ult. cit.* In termini dubitativi F. BONELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁷² G. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 359 ss.; R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 211; P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 271 ss.; V. SALAFIA, *L'azione sociale di responsabilità*, in *Società*, 1995, p. 1014; R. TETI, *op. cit.*, p. 659; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., cit.*, p. 281. A. FRANCHI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 735; ID., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonero dalla responsabilità, cit.*, p. 114. In particolare, quest'ultimo Autore afferma che la rinuncia successiva ad atti di *mala gestio* potreb-

Ora, sebbene sulla validità di una rinuncia a far valere il diritto al risarcimento per operazioni gestorie riferite al passato non sembra si possa dubitare (almeno in linea di principio)⁷³, l'orientamento prevalente in dottrina⁷⁴ come in giurisprudenza⁷⁵ subordina l'efficacia della rinuncia all'azione sociale di responsabilità (e, più in generale, di ogni atto con cui la società dispone del diritto al risarcimento per danni da *mala gestio*) alla specifica determinazione dei singoli fatti produttivi di responsabilità, anche nell'ipotesi in cui il danno non si sia ancora manifestato in tutte le sue conseguenze⁷⁶. E a questo scopo non sarebbe sufficiente neppure la mera determinabilità dei fatti in questione tramite *relatio* (formale o sostanziale) all'intera attività di gestione compiuta in passato dagli amministratori o a quella ancora da compiersi⁷⁷.

be precedere la riunione dell'assemblea convocata per decidere nel merito perché il diritto al risarcimento del danno (che costituisce l'oggetto mediato della rinuncia) entrerebbe nel patrimonio della società nel momento in cui si verifica il danno prodotto dall'operazione dannosa, mentre la delibera assembleare riguarderebbe solo l'esercizio dell'azione sociale. Così argomentando, però, non si farebbe altro che reiterare la distinzione fra rinuncia all'azione e rinuncia al diritto (cfr. *supra*, in questo cap., § 1).

⁷³ Non foss'altro perché, come sottolineano A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 328, n. 26 e A. MONTEVERDE, *op. cit.*, p. 519, n. 38, proprio a questa fattispecie si riferiscono gli artt. 2393, ultimo comma, 2393-bis, comma 6, 2394, ultimo comma, e 2476, comma 5, c.c.

⁷⁴ Cfr. in proposito P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 304 ss.; B. QUATRARO-L.G. PICONE, *op. cit.*, p. 667; L.G. PICONE, *op. ult. cit.*, p. 36; G. BATTISTI, *op. cit.*, c. 93 s.; F. BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 197 ss.; E. CIVERA, *op. cit.*, p. 1533; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, p. 682 ss. Ma si v. anche A. FRANCHI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori*, cit., p. 729 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 110 ss., il quale osserva altresì che, in caso di rinuncia preventiva, la società non necessariamente disporrebbe di un proprio diritto di credito, poiché le operazioni illustrate all'assemblea e da questa autorizzate potrebbero non avere alcun effetto pregiudizievole e, dunque, non tradursi in un danno da risarcire.

⁷⁵ Trib. Milano, 2 dicembre 2005, *cit.*; Trib. Milano, 24 settembre 2003, in *Giur. milanese*, 2003, p. 440; Trib. Milano, 10 febbraio 2000, *cit.*; Trib. Milano, 16 gennaio 1995, *cit.*; Trib. Milano, 2 settembre 1988, in *Dir. Fall.*, 1989, II, p. 855, con nota di P. MONTIRONI, *Sull'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim. Contra* Trib. Roma, 28 settembre 1998, in *Il nuovo diritto*, 1999, p. 37, secondo cui «l'oggetto della rinuncia de[ve] essere, a pena di nullità, esattamente determinato o determinabile».

⁷⁶ Al riguardo P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 299, afferma che «la condizione essenziale ed indispensabile perché l'assemblea possa deliberare efficacemente circa l'abdicazione al diritto di credito è che essa innanzi tutto conosca tale oggetto [...]. Per poter raggiungere questo risultato, però, considerata la peculiarità del credito ed il ruolo dell'assemblea nell'organizzazione sociale, è necessario passare attraverso la disamina dell'intera gestione compiuta, nelle singole operazioni che la compongono e nelle specifiche violazioni addebitabili dell'organo amministrativo».

⁷⁷ Sulla base di tali presupposti, A. MONTEVERDE, *op. cit.*, p. 519 ss., rileva che non potrebbe essere considerata efficace una delibera assembleare formulata come la seguente: «L'assemblea dei

Funzionale a questa interpretazione risulterebbe l'inciso, contenuto nel testo dell'art. 2393, ultimo comma, c.c., sul carattere *espresso* delle delibere sulla rinuncia o sulla transazione. La norma confermerebbe, infatti, che dette delibere non devono avere oggetto generico o determinabile ma determinato, allo scopo di mettere i soci nella condizione di esprimere un «giudizio analitico e cosciente»⁷⁸ su di un impegno che tuteli l'interesse della società «ad individuare la più conveniente via di composizione delle pretese avanzate nei confronti degli amministratori» e quello della minoranza assembleare «a non subire un ingiustificato o illecito boicottaggio degli strumenti a disposizione della società per la reintegrazione del patrimonio danneggiato»⁷⁹.

La delibera di rinuncia sarebbe, dunque, «uno strumento di informazione»⁸⁰ volto a garantire gli equilibri di potere fra maggioranza e minoranza.

soci, con il voto favorevole di [...] ed il voto contrario di [...] delibera di ratificare l'operato dell'amministratore XXX a far tempo dall'assunzione della carica da parte dello stesso, nonché di rinunciare all'azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore XXX, con riferimento a qualsiasi eventuale inadempienza che sia stata da lui posta in essere, per fatti commissivi od omissivi, in ordine alla gestione ordinaria e straordinaria della società, a far tempo dall'assunzione della carica da parte dello stesso, dovendo in ciò esser compreso qualsiasi fatto doloso o colposo, od anche semplice negligenza, che abbia procurato o sia anche astrattamente idoneo a procurare un danno alla società, i cui effetti si siano prodotti o siano suscettibili di riflettersi nei risultati futuri dell'impresa». Piuttosto, per non essere tacciata di genericità, la delibera dovrebbe essere strutturata sulla base dello schema seguente: «L'assemblea, con il voto favorevole di [...] e il voto contrario di [...], preso atto della relazione del presidente, che ha richiamato le riserve e le contestazioni mosse all'operato dell'amministratore XXX nella gestione della società, con specifico riferimento agli esercizi 2009 e 2010 e con riguardo, fra gli altri, ai seguenti profili di addebito, integranti violazioni degli obblighi di cui all'art. 2392 c.c.: [...] delibera di rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore XXX in relazione a tutti i profili sovraccitati, dando atto che la rinuncia deve intendersi relative a tutte le responsabilità, per fatti commissivi ed omissivi, nessuna esclusa, e che i votanti hanno espressamente confermato di aver preso piena cognizione dell'operato dell'amministratore XXX durante l'intero arco temporale in cui egli ebbe a ricoprire la carica e di approvarlo senza riserve, con conseguente suo ampio *scarico* da responsabilità» (corsivo aggiunto). Inoltre, nell'ipotesi in cui siano più d'uno e siano responsabili in solido ma, allo stesso tempo, la rinuncia non debba interessarli tutti, nel testo della delibera potrebbe essere opportuno aggiungere il seguente inciso: «La rinuncia all'azione di responsabilità deve intendersi limitata alla quota di responsabilità astrattamente imputabile all'amministratore XXX, non estendendosi all'intera situazione controversa ed alla conseguente responsabilità astrattamente imputabile agli altri soggetti che abbiano ricoperto cariche amministrative o sindacali nella società».

⁷⁸ P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 293.

⁷⁹ P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 301.

⁸⁰ P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 303.

Da questo punto di vista, al fine di garantire la massima *disclosure* possibile sull'oggetto di detta delibera, il precetto di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c. dovrebbe essere letto in combinato disposto con l'art. 2434 c.c., il quale stabilisce che «[l]'approvazione del bilancio non implica liberazione degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale»: poiché il bilancio non consente un'adeguata e completa informazione sulla gestione della società e, quindi, di risalire agli eventuali episodi di *mala gestio* di cui gli amministratori dovrebbero rispondere⁸¹, con questa disposizione il legislatore avrebbe voluto evitare che l'accertamento della corrispondenza fra il contenuto del bilancio e la reale situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società implichi una liberazione degli amministratori dalla loro responsabilità; altri dovrebbero essere gli strumenti per formalizzare quest'ultima decisione (per l'appunto, una delibera espressa) e, soprattutto, per informare i soci.

Per impostare con maggior precisione l'analisi, però, è necessario puntualizzare che, quando si parla di rinuncia all'azione sociale, si suole (o si dovrebbe) distinguere non solo, semplicemente, fra rinuncia *post factum* e rinuncia preventiva. La prima di dette fattispecie non deve, infatti, essere confusa con quella (non espressamente disciplinata dal nostro ordinamento, ma ben nota alla prassi) del cosiddetto "disarcico generale", ossia la delibera con cui i soci, di solito in sede di approvazione del bilancio, anzi che rinunciare all'azione sociale di responsabilità, dichiarano di liberare gli amministratori da ogni responsabilità derivante dall'intera attività di gestione compiuta in precedenza. In difetto della determinazione dei singoli atti di gestione, il valore di questa dichiarazione sarebbe assai limitato: negando che essa possa produrre l'effetto di una delibera di rinuncia (e, quindi, impedire il successivo esercizio dell'azione sociale di re-

⁸¹ Cfr. P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 304 ss.; D. CORRADO, sub art. 2434, in *Obbligazioni. Bilancio*, a cura di M. NOTARI-L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2005, p. 656.

sponsabilità), la dottrina⁸² e la giurisprudenza⁸³ tendono a qualificarla come una mera dichiarazione di scienza sulla correttezza dei comportamenti tenuti per mezzo della quale i soci, in sostanza, ribadiscono la loro fiducia nei confronti dell'organo amministrativo.

Ben diverso è il caso in cui la rinuncia si riferisca a fatti già avvenuti ma di cui i soci non sono a conoscenza nel momento in cui dispongono del proprio diritto di credito. E ancora diverso è il caso in cui i soci decidano di rinunciare ad agire nei confronti degli amministratori per operazioni gestorie da realizzare in futuro. Entrambe le ipotesi potrebbero essere ricollegate alla fattispecie della rinuncia *preventiva*, se con questa espressione si vuole designare l'atto compiuto dai soci che si trovano nella condizione di rinunciare a qualunque pretesa risarcitoria *prima* di avere cognizione di fatti (potenzialmente) produttivi di danni per la società (e non necessariamente prima che questi fatti si verificano). Tuttavia, solo nel secondo caso si avrebbe un vero e proprio "esonero dalla responsabilità"⁸⁴. Secondo la tesi appena illustrata, dunque, la determinatezza dei fatti da cui discende la responsabilità degli amministratori e, di riflesso, dell'oggetto della delibera di rinuncia (o del patto che preveda la rinuncia all'azione sociale *ex art. 2393 c.c.*) dovrebbe essere esclusa non solo nel secondo caso (poiché l'atto riguarda operazioni future)⁸⁵, ma anche nel primo (poiché ogni contestazione e, allo stesso tempo, ogni composizione di eventuali vertenze che possano interes-

⁸² Cfr. P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 320; G.B. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 293 ss.; B. QUATRARO-L.G. PICONE, *op. cit.*, p. 670; A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestorie degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma c.c.)*, *cit.*, p. 347.

⁸³ Trib. Milano, 10 febbraio 2000, *cit.*; Trib. Milano, 19 maggio 1983, in *Società*, 1983, p. 1384, secondo cui sarebbe «legittima la deliberazione assembleare dei soci di una società di capitali che, nell'approvare il bilancio di esercizio, dà scarico agli amministratori di quanto da loro operato nell'espletamento del mandato», in quanto per mezzo di suddetta delibera l'assemblea non intenderebbe affatto rinunciare all'azione sociale di responsabilità («specificamente riferita a determinati comportamenti degli amministratori»), «bensì soltanto esprimere il proprio convincimento circa la non sussistenza di estremi di responsabilità» per quanto compiuto dagli amministratori nel corso dell'esercizio.

⁸⁴ Cfr. V. PINTO, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁵ P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 324. In giurisprudenza si v. Trib. Milano, 10 febbraio 2000, *cit.*

sare gli amministratori non potrebbe «che rivestire carattere di assoluta genericità»⁸⁶).

L'impegno a rinunciare in via preventiva all'azione sociale di responsabilità può essere trasposto in un patto parasociale stipulato durante le trattative volte a consentire il trasferimento della proprietà di un pacchetto azionario o di una quota. E non è difficile immaginare che tale impegno potrebbe essere declinato in entrambe le varianti sopra descritte. Nella prima delle due ipotesi enunciate, perché non sempre gli atti che gli amministratori abbiano posto in essere in violazione dei loro obblighi sono noti prima della data del *closing*⁸⁷; nella seconda ipotesi, perché vi potrebbe essere l'interesse a non ottenere le dimissioni degli amministratori nominati dall'alienante (sempre che non sia quest'ultimo a restare come amministratore della società⁸⁸) ovvero perché le operazioni che scandiscono il trasferimento della partecipazione possono richiedere diverse settimane, se non addirittura qualche mese: le parti potrebbero, quindi, ritenere opportuno, oltre a definire mediante apposite clausole i criteri in base ai quali dovrà svolgersi la gestione interinale della società⁸⁹, predisporre ulteriori clau-

⁸⁶ A. MONTEVERDE, *op. cit.*, p. 519.

⁸⁷ Come rileva A. MONTEVERDE, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸ È questa l'ipotesi formulata da M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, p. 228, n. 91.

⁸⁹ Gestione che, sempre secondo A. MONTEVERDE, *op. cit.*, p. 512, «deve – da un lato proseguire secondo i principi della più efficiente gestione imprenditoriale, ma che deve anche – dall'altro lato – non dar luogo ad iniziative atte ad alterare sensibilmente i termini dell'accordo negoziale coltivato dai soggetti (attuali soci o no) interessati al trasferimento del controllo». Per garantire questi obiettivi potrebbero essere stipulate clausole di tre tipi: *i*) clausole che sanciscono in capo agli amministratori l'obbligo di compiere determinati atti positivi; *ii*) clausole che impongono agli amministratori di limitarsi agli atti che rientrino nell'amministrazione ordinaria (molto più frequenti); *iii*) clausole che subordinano il compimento di atti esorbitanti dall'ordinaria amministrazione alla preventiva autorizzazione del futuro socio di controllo. Tutte queste clausole sono di solito accomunate dalla previsione di un impegno (che grava ovviamente sull'alienante) di far sì che gli amministratori si astengano del tutto dal porre in essere atti di straordinaria amministrazione (che potrebbero incidere sul valore della società e, di conseguenza, sulle condizioni del trasferimento) ovvero si attivino per il compimento di specifici atti che siano stati approvati dai soci di maggioranza (attuali e futuri). E va da sé che «se l'amministratore compie atti astrattamente legittimi ma vietati dall'accordo negoziale avente ad oggetto la cessione della partecipazione, nulla gli potrà essere ascritto a colpa sul piano societario». Ma di certo «più difficile appare giustificare comportamenti omissivi o commissivi che siano ispirati all'interesse dei contraenti prima che a quello della società». Sulle clausole che regolano la gestione della società durante le varie fasi dell'acquisizione cfr. P.G. JAEGER, *Impegni relativi all'amministrazione interinale*

sole per garantire che nessuna richiesta di risarcimento sarà avanzata nei confronti degli amministratori legati al venditore per i fatti connessi alla gestione intercorsa nel tempo necessario a concludere l'acquisizione.

Accordi di questo tipo, nell'opinione di chi sostiene che non sia sufficiente neppure la mera determinabilità dell'oggetto della delibera di rinuncia (mediante il semplice richiamo all'attività svolta dagli amministratori), dovrebbero essere considerati inammissibili. Così come dovrebbe essere considerata inammissibile una clausola statutaria dal contenuto meramente determinabile (e cioè, secondo la tesi cui si allude, assolutamente generico) con cui i soci (attuali e futuri) intendano di esonerare gli amministratori dalla responsabilità per quanto attiene la futura gestione, anche se detta clausola fosse contenuta nei limiti della colpa lieve⁹⁰.

Giova, però, osservare, in primo luogo, che «mentre la clausola di esonero presenta, per certi versi, una portata (tendenzialmente) più ampia rispetto a quella di una rinuncia (o transazione) *ex post*, in quanto esclude o limita la responsabilità degli amministratori in riferimento (genericamente) all'intera gestione della società, la rinuncia o la transazione di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c. possono avere ad oggetto il diritto al risarcimento del danno derivante anche da inadempimento doloso o gravemente negligente degli amministratori, senza che trovino in tal caso applicazione i limiti imposti dall'art. 1229, primo comma, c.c.»⁹¹.

In secondo luogo, sulla portata precettiva e applicativa delle norme di cui agli artt. 2393, ultimo comma, e 2434 c.c. – dalle quali, come si è visto, la dottri-

della società fino al closing, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. BONELLI-M. DE ANDRÈ, Milano, 1990, p. 117 ss.; G. ROSSI, *Le condizioni del closing*, *ivi*, p. 169 ss.; E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, trattato diretto da F. GALGANO, I, Torino, 1995, p. 283 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Trasferimento di pacchetti azionari di controllo: clausole contrattuali e limiti all'autonomia privata*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 891; G. ACERBI, *Gli amministratori di società per azioni di fronte al trasferimento del controllo: problemi e proposte di soluzione*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 281 ss.; A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, p. 427 ss.; ID., *Le pattuizioni sulla governance*, in *Le acquisizioni societarie*, *cit.*, p. 461 ss.

⁹⁰ P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 325.

⁹¹ A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *cit.*, p. 292.

na e la giurisprudenza hanno voluto ricavare il principio per cui la delibera di rinuncia e transazione sull'azione sociale di responsabilità non può esaurirsi in una generica approvazione dell'operato degli amministratori – sembra necessario aggiungere qualche spunto di riflessione utile a stabilire se anche i patti parasociali (*id est*, le clausole contrattuali) che prevedano la rinuncia preventiva all'azione *ex art.* 2393 c.c. nel contesto di un'acquisizione societaria debbano avere un oggetto determinato e non solo determinabile: atteso che l'art. 2393, ultimo comma, c.c. si riferisce a qualsiasi atto con cui la società dispone del proprio diritto di credito verso l'amministratore⁹², sull'art. 2434 c.c. si è scritto che «anche quando l'assemblea [...] assolva [genericamente] da ogni responsabilità gli amministratori, deve ritenersi che lo scarico così ottenuto abbia un'efficacia ridotta, e cioè che si riferisca soltanto a quanto risulti dal bilancio e dalle documentazioni allegate, o sia allo stato dei fatti conosciuto o quanto meno conoscibile con l'uso dell'ordinaria diligenza. La deliberazione vale quindi a coprire le irregolarità note, mentre l'assemblea conserva il potere di agire contro gli amministratori per le altre che dovessero emergere»⁹³.

Ciò premesso, non appare del tutto condivisibile la tesi di chi sostiene che le norme appena citate siano volte ad assicurare «[un]'esigenza di determinatezza e non di semplice determinabilità del contenuto delle [...] delibere» di rinuncia e transazione sull'azione sociale di responsabilità⁹⁴.

Al riguardo si è eccepito che la rinuncia e la transazione *ex art.* 2393, ultimo comma, c.c. non richiedono come prerequisite necessario che la società abbia già subito un danno, ma soltanto che le operazioni e gli atti potenzialmente pregiudizievoli siano stati compiuti⁹⁵. Di conseguenza, se il diritto di credito della società può dirsi determinato ai sensi dell'art. 1346 c.c. solo in relazione a

⁹² G. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 360.

⁹³ R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 212 s.

⁹⁴ P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 304, secondo il quale il credito della società non può essere «meramente determinabile con riferimento all'intera attività amministrativa svolta in un certo periodo di tempo» (p. 321).

⁹⁵ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 293, citando a sua volta P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 324.

un danno che, al momento in cui l'assemblea si trovi a deliberare, è già percepibile in concreto perché si è già prodotto o perché è ragionevolmente prevedibile⁹⁶, ad eccezione dei casi in cui agli amministratori possa essere imputata una condotta lievemente o gravemente colposa, la delibera di rinuncia o transazione, per quanto circostanziata, potrebbe avere a oggetto un diritto di credito soltanto determinabile, poiché, in conformità al principio che si desume dall'art. 1225 c.c., la responsabilità degli amministratori che abbiano tenuto una condotta qualificabile come dolosa si estende anche ai danni imprevedibili⁹⁷.

Da qui viene una prima conclusione rilevante ai fini della presente indagine, ossia che una delibera di rinuncia (preventiva o *ex post*) all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori può essere considerata valida ed efficace anche se il suo oggetto è soltanto determinabile⁹⁸. E una conclusione analoga si ritiene possa valere anche se riferita a un accordo parasociale con cui l'acquirente di una partecipazione (e futuro socio) assume l'obbligo di non votare in favore del suddetto rimedio. Malgrado non sia in discussione che il divieto di rinunce (o transazioni) generiche risponde all'esigenza «di evitare che gli amministratori possano giovare di forme indirette di esonero dalla responsabilità»⁹⁹ e di dare ai soci l'opportunità di valutare gli effetti (non circoscritti alla compagine sociale) di un atto che si risolve nella definitiva dismissione di un loro diritto di credito, tale divieto non può «essere diretto a garantire l'esatta determinatezza della pretesa risarcitoria di cui la società dispone, ma piuttosto l'assunzione di una decisione informata da parte dell'assemblea che assicuri un'adeguata consapevolezza da parte dei soci»¹⁰⁰.

⁹⁶ Cfr. ancora P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 321, il quale afferma che il diritto di credito sarebbe «determinato in relazione ai singoli fatti di gestione compiuti».

⁹⁷ A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁸ Cfr. A. TINA, *op. loc. ult. cit.*; Trib. Roma, 28 settembre 1998, *cit.* In questo senso i patti (e le relative delibere) sulla rinuncia all'azione sociale di responsabilità sarebbero sottratti ai limiti ricavabili dal combinato disposto degli artt. 2393, ultimo comma, e 2434 c.c. (cfr. *supra*, in questo capitolo, sez. I., § 4).

⁹⁹ Cass., 18 maggio 2007, n. 11658, *cit.*

¹⁰⁰ A. TINA, *op. loc. ult. cit.*, p. 293 s.

Le riflessioni appena svolte risultano utili anche al fine di stabilire il significato da attribuire al già menzionato inciso riguardante il carattere *espresso* della deliberazione di rinuncia di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c.

La tesi della delibera di rinuncia e transazione come strumento di informazione per i soci è stata criticata perché essa rimarrebbe «su un piano, quello dell'informazione societaria, che pare, specie alla luce delle numerose novità normative sul tema, ormai pienamente integrato nel procedimento deliberativo in quanto tale, a prescindere da qualsiasi caratterizzazione della deliberazione come "espressa"»; in più, essa sconterebbe il difetto di non contraddistinguere «il carattere "espresso" della delibera con qualcosa di ulteriore rispetto a ciò che emerge dal sistema ogniqualvolta il legislatore richiede che un'attività deliberativa assembleare comunque vi sia». In altre parole, fermo restando che l'oggetto della rinuncia all'azione sociale sarebbe determinabile solo se richiamasse atti e operazioni illegittimi già realizzati, il legislatore, nel demandare all'assemblea la competenza a decidere sulla rinuncia all'azione sociale di responsabilità, avrebbe «dato per presupposto che la volontà dei soci potesse esprimersi e dovesse estrinsecarsi in un atto di rinuncia nel quale si desse conto dei singoli atti di gestione che hanno provocato (o sono assolutamente idonei a provocare) un danno alla società»¹⁰¹.

Al di là delle perplessità che suscita l'identificazione del carattere espresso della delibera con la determinatezza del suo oggetto¹⁰², dalla formula impie-

¹⁰¹ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 193 s.

¹⁰² Altrettanto nota è la tesi che ricollega il carattere espresso della delibera di rinuncia o transazione alla necessità di indicare la proposta fra le materie all'ordine del giorno su cui l'assemblea è chiamata a deliberare; la rinuncia all'azione sociale dovrebbe, cioè, essere sottoposta "espresamente" all'attenzione dei soci anche quando l'assemblea sia convocata per l'approvazione del bilancio: cfr. G. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 360; R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 211 ss. I critici di questa impostazione sostengono, però, che il criterio di competenza dettato dall'art. 2393, comma 2, c.c. non sia indirizzato in concreto alla sola azione, ma, più genericamente, alla "responsabilità" intesa come «concetto che comprende tanto il momento propositivo (di approvazione della delibera di esercizio dell'azione sociale), quanto quello abdicativo (di rinuncia alla stessa azione sociale)»; in sede di approvazione del bilancio sarebbe, quindi, possibile adottare qualsiasi «deliberazione sulla responsabilità degli amministratori», a condizione che si tratti di «fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio»: G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 189; conf. P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 189 ss. e 248 ss. e la giurisprudenza ivi citata dall'Autore (p. 249, n. 3). Si è o-

gata dal legislatore è possibile, forse, ricavare un precetto di più ampio respiro, ossia «il principio secondo il quale, nel caso in cui una decisione interna alla società abbia valenza organizzativa ed influenza interorganica e, nello stesso tempo, incida in termini economicamente rilevanti sulla società, è necessario che da essa si evinca espressamente un elemento minimo ulteriore rispetto a quanto di solito si desume dalle scelte societarie: la causa della decisione»¹⁰³.

In quest'ottica, per essere meglio compreso, il dettato dell'art. 2393, ultimo comma, c.c. dovrebbe essere scisso in due diverse prescrizioni normative, entrambe di natura materiale¹⁰⁴ (volte, cioè, a definire la condotta che i soggetti coinvolti nell'operazione dovrebbero tenere): *i*) la rinuncia deve constare di una delibera assembleare; *ii*) la delibera assembleare di rinuncia deve essere espressa.

Con la prima regola il legislatore avrebbe voluto rimettere alla competenza dell'assemblea ordinaria la rinuncia all'azione sociale; tale decisione dovrebbe essere trasposta in una delibera, in modo tale che la disciplina sul negozio di rinuncia e quella sulle delibere assembleari si completino a vicenda. Allo stesso tempo, sugli amministratori incomberebbe il dovere di informare i soci sull'oggetto della rinuncia, mentre l'organo di controllo sarebbe tenuto ad assi-

biettato, inoltre, che se quello sopra enunciato fosse il significato da attribuire alla formula di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c., il carattere "espresso" si limiterebbe «ad essere manifestazione di un principio generale valido per tutte le delibere»: più precisamente, «qualora il significato della locuzione "deliberazione espressa" fosse riconducibile solo alla necessità dell'indicazione all'ordine del giorno della rinuncia all'azione tra le materie da trattare in assemblea, la dizione normativa risulterebbe - al di fuori dell'ipotesi di integrazione dell'ordine del giorno *ex art.* 2393, comma 2, c.c. - pleonastica, dato che, ai sensi dell'art. 2366 c.c., sussiste, tra le formalità richieste per la convocazione dell'assemblea, l'obbligo - la cui omissione è, a seconda dei casi, sanzionabile con l'annullabilità o la nullità della delibera *ex art.* 2377 e 2379 c.c. - di indicare nell'avviso di convocazione proprio "l'elenco delle materie da trattare"»: G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 190.

¹⁰³ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 246, che da questo principio trae però «una conferma in ordine al divieto per l'assemblea di concedere, prima che l'atto illecito sia compiuto dagli amministratori, un esonero generale dalla responsabilità sociale a favore dell'organo gestorio», giacché una diversa soluzione «sarebbe comunque insufficiente per l'individuazione della *virtù* della rinuncia (la trasposizione del valore)» (p. 247; il corsivo è dell'Autore). Conf. F. AULETTA, *op. cit.*, p. 491; F. VALENZA, *op. cit.*, p. 186 ss.

¹⁰⁴ Così E. BOCCHINI, *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, 2011, 2° ed., Padova, 2011, p. 22

stere all'assemblea, con la facoltà (in ragione delle informazioni raccolte in sede assembleare o extrassembleare) di intervenire nella discussione e, ove lo ritenesse necessario, impedire l'assunzione di una delibera generica o priva di causa e, quindi, potenzialmente dannosa per la società¹⁰⁵.

Inoltre, poiché la normale informazione propria del metodo assembleare potrebbe non essere sufficiente (tenuto conto dei complessi risvolti economici e organizzativi che la decisione presenta), con la seconda regola l'art. 2393, ultimo comma, c.c. richiederebbe un'informazione aggiuntiva, ossia la dichiarazione della causa su cui si fonda la rinuncia (che dovrebbe essere verbalizzata dal presidente dell'assemblea con l'assistenza del segretario o del notaio). Imponendo questa ulteriore condizione il legislatore mirerebbe a prevenire, da un lato, «rinunzie assolutamente ingiustificate (magari promosse dagli stessi amministratori inadempienti) ovvero una certa ambiguità nella discussione assembleare, oltre che un'assenza di evidenza circa l'adeguatezza e la congruità della decisione»; dall'altro lato, l'obiettivo sarebbe «agevolare l'assunzione di una decisione da parte dei soci, responsabilizzandoli, e rendere maggiormente comprensibile la finalità della scelta»¹⁰⁶.

La soluzione appena delineata pare degna di attenta considerazione, peraltro, non solo perché, allo scopo di rendere palese l'utilità della rinuncia, anche il patto parasociale con cui l'acquirente di una partecipazione si impegna a non votare in favore dell'azione sociale di responsabilità dovrebbe esplicitare la causa che sorregge il vincolo sul voto, ma anche perché l'*expressio causae* della delibera e del patto, ipotizzando, come si accennava¹⁰⁷, un collegamento negoziale fra i due (o meglio, fra il patto e il contenuto della delibera), servirebbe ad assicurare un più scrupoloso controllo sulla meritevolezza dello stesso accordo parasociale ai sensi dell'art. 1322 c.c.

¹⁰⁵ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 248 s.

¹⁰⁶ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 251 ss.

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, § 2.

4. *L'applicazione dell'art. 1229 c.c. agli accordi sulla responsabilità degli amministratori.*

La decisione dell'assemblea di liberare, in via preventiva, gli amministratori dalla responsabilità *ex art. 2392 c.c.* sembra del tutto incompatibile con i limiti posti dall'autonomia privata dall'art. 1229, comma 1, c.c., il quale, nel dichiarare radicalmente «nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave», mira ad «assicurare comunque un minimo ed inderogabile impegno diligente da parte del debitore»¹⁰⁸ e, quindi, a garantire «al creditore (la società) la possibilità di verificare *ex post* l'adempimento o l'inadempimento del debitore (gli amministratori), quanto meno entro i limiti inderogabili del dolo e della colpa grave»¹⁰⁹.

Tuttavia questa funzione – si è eccepito – verrebbe meno o apparirebbe superflua nel caso in cui l'assemblea sia pienamente informata sulle operazioni che gli amministratori dovrebbero intraprendere e sulle conseguenze che da tali operazioni potrebbero derivare. In altre parole, la necessità di effettuare un controllo *ex post* sull'operato degli amministratori per individuare possibili inadempimenti si attenuerebbe quando l'esonero dalla responsabilità sia «limitato esclusivamente all'esecuzione dell'operazione nelle modalità e nei termini preventivamente approvati e autorizzati dall'assemblea», perché questa si troverebbe a esercitare in via preventiva «quel controllo sull'attività degli ammi-

¹⁰⁸ C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (Art. 1218-1229)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979, p. 475 s. In senso analogo G. CIAN, «*Lata culpa dolo equiparatur*», in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 177; F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero dalla responsabilità*, Milano, 1971, p. 40; G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità (Artt. 1228-1229)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2003, p. 150. Come sottolinea L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, p. 20, n. 7, «[t]radotta in termini pratici, questa finalità sembra collegarsi alla più generale esigenza di garantire la certezza dei rapporti economico-giuridici e degli scambi, per facilitare la circolazione della ricchezza».

¹⁰⁹ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 263.

nistratori che normalmente avviene *a posteriori* in sede di esercizio dell'azione di responsabilità»¹¹⁰.

Sull'argomento si è già anticipato¹¹¹ che, in alcuni casi, l'assemblea potrebbe rimettersi al giudizio discrezionale degli amministratori, rinunciando per ragioni di opportunità e segretezza a ottenere da questi ultimi tutte le informazioni disponibili sulle operazioni da autorizzare; in altri casi, invece, potrebbe non essere necessario illustrare all'assemblea tutti i profili dell'operazione (soprattutto le modalità esecutive). Sia come sia, nell'una come nell'altra ipotesi la mancanza di informazioni impedirebbe ai soci di esercitare un efficace ed esauriente controllo preventivo sulle scelte gestorie che gli amministratori dovranno compiere e, quindi, potrebbe risolversi nell'adozione di una delibera inevitabilmente generica (almeno con riferimento a quei dettagli che non siano stati resi noti all'assemblea); al ricorrere di una simile eventualità, l'esonero espresso degli amministratori dalla responsabilità *ex art. 2392 c.c.*, per quanto riguarda gli aspetti di cui i soci non siano stati informati, dovrebbe essere circoscritto alla sola colpa lieve. Al contrario, in relazione ai profili su cui l'assemblea sia stata pienamente informata, gli effetti dell'esonero si estenderebbero anche alle ipotesi di dolo e colpa grave¹¹².

Applicare queste valutazioni ai patti parasociali stipulati durante lo svolgimento delle trattative per l'acquisto di una partecipazione implica un significativo mutamento di prospettiva, dovuto alla circostanza che un patto con cui il venditore e l'acquirente si accordano sui termini e sulle condizioni della rinuncia preventiva all'azione *ex art. 2393 c.c.* o dell'esonero dalla responsabilità a fa-

¹¹⁰ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 263 s. In precedenza si v. anche ID., *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, *cit.*, p. 358 s.; P. BENAZZO, *op. cit.*, p. 332 s.

¹¹¹ Si v. *supra*, in questo capitolo, sez. I, § 5.

¹¹² Cfr. A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *cit.*, p. 264 s., il quale puntualizza che il contenuto generico o specifico della delibera di esonero non inciderebbe sulla possibilità di limitare in via preventiva la responsabilità degli amministratori, «sull'estensione e sugli effetti dell'esonero, limitato nel primo caso alla sola colpa lieve»; in quest'ottica è possibile, dunque, che sia adottata una delibera che opera «su due differenti livelli, in relazione agli aspetti illustrati in assemblea (disapplicazione dell'art. 1229, primo comma, c.c.) e a quegli aspetti, invece, che non sono stati portati a conoscenza dell'assemblea».

vore degli amministratori necessariamente precede l'assemblea in cui i soci (ivi incluso l'acquirente, che allora sarà divenuto a sua volta socio¹¹³) dovranno votare sull'opportunità di esercitare o meno l'azione sociale e, dunque, senza che gli amministratori possano informare tutti i soci sul contenuto della rinuncia.

Di conseguenza, nel caso in cui l'acquirente e futuro socio si trovi a siglare un accordo parasociale che prevede la rinuncia preventiva all'azione sociale o l'esonero dalla responsabilità per gli amministratori, ma non sia messo in condizione di essere informato adeguatamente sui profili e sulle conseguenze delle operazioni (già compiute o da compiersi) cui la rinuncia si riferisce, gli effetti dell'esonero dovranno necessariamente essere circoscritti all'ipotesi della colpa lieve. E un'analogica conclusione dovrebbe trarsi in caso di rinuncia successiva o *post factum*¹¹⁴.

Viceversa, qualora l'acquirente della partecipazione disponga di tutte le informazioni utili a valutare sia le scelte (future o pregresse) degli amministratori sia i possibili esiti della rinuncia all'azione sociale o del suo mancato esercizio, gli effetti dell'esonero potrebbero in linea di principio estendersi anche agli atti posti in essere con colpa grave (ma non con dolo).

Inoltre, nell'ottica di garantire la massima trasparenza possibile (e di ampliare il dibattito) su di una decisione così rilevante, i soci estranei alla negoziazione, ma consapevoli dell'esistenza di un patto parasociale riguardante la responsabilità degli amministratori (ove questo fosse pubblicato¹¹⁵), avrebbero diritto, una volta riuniti in assemblea, di richiedere a costoro tutte le informazioni

¹¹³ Vale la pena precisare che, nella prassi, la sottoscrizione del contratto di acquisizione, con il conseguente trasferimento della proprietà del pacchetto azionario o della quota, avviene normalmente subito prima dello svolgimento dell'assemblea.

¹¹⁴ Cfr. sul punto ancora A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 294 s., che distingue due ipotesi: i) l'introduzione nello statuto della società di una clausola di esonero *ex art.* 1229 c.c. che limiti espressamente e in via preventiva la responsabilità degli amministratori verso la società per i soli casi di colpa lieve, data la sua genericità, e alla quale, dunque, non dovrebbero applicarsi gli artt. 2393, ultimo comma, e 2434 c.c. (non foss'altro perché non si tratterebbe di un esonero indiretto e perché non sorgerebbero problemi di carattere informativo); ii) la rinuncia e la transazione *post factum* (cui non si applicherebbero i limiti di cui all'art. 1229 c.c.).

¹¹⁵ Si v. *supra*, cap. I, § 5.

che ritenessero indispensabili per votare in modo consapevole sull'esercizio dell'azione sociale¹¹⁶.

Tuttavia, se l'esonero fosse circoscritto alla sola colpa lieve, sarebbe legittimo domandarsi se l'operatività di un patto parasociale con un simile contenuto, così come di una clausola statutaria di esonero dalla responsabilità *ex art. 1229, comma 1, c.c.*¹¹⁷ non possa essere a sua volta limitata dalla protezione che la *business judgement rule* comunque offre agli amministratori. Di questo argomento si ragionerà nelle pagine che seguono¹¹⁸.

In merito, invece, all'esonero dalla responsabilità per colpa grave, sembra discutibile eccepire che questa scelta condurrebbe a un'eccessiva deresponsabilizzazione degli amministratori: benché l'art. 1229 c.c. non faccia distinzione alcuna fra colpa grave e dolo, così come fra limitazione ed esclusione della responsabilità, non per questa ragione si dovrebbe pensare che la norma sia sorretta da una *ratio* unitaria¹¹⁹; diversamente non si spiegherebbe perché nel nostro ordinamento sia consentito predisporre clausole che limitano la responsabilità del debitore a un importo determinato anche nell'ipotesi di colpa grave. Basti pensare a quanto dispongono gli artt. 1900 e 1917 c.c.¹²⁰

In particolare, l'art. 1900, comma 1, c.c., stabilisce in termini espliciti che l'assicuratore «non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave».

Ebbene, se costituisce quasi un'ovvietà affermare che il debitore non può andare esente da responsabilità per l'inadempimento «di obbligazioni spontaneamente assunte, quando tale inadempimento è stato [da lui stesso] voluto o addirittura provocato» (perché concedere al debitore questa possibilità equivar-

¹¹⁶ Si v. *infra*, § 6.

¹¹⁷ Nell'ipotesi avanzata da A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 295 ss.

¹¹⁸ Si v. *infra*, cap. III.

¹¹⁹ Cfr. i rilievi di F. BENATTI, *op. cit.*, p. 32, secondo cui, «poiché la legge ha equiparato la colpa grave al dolo agli effetti dell'esonero da responsabilità, la *ratio* della norma non può variare secondo che il patto si riferisc[a] all'uno o all'altro criterio di responsabilità».

¹²⁰ Come evidenzia A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 306.

rebbe a violare i «principi etici fondamentali della vita associata»¹²¹, dalla norma appena citata sembra si possa ricavare il principio per cui «[s]oltanto nei casi di dolo l'ordinamento non consente [...] deroghe alla responsabilità, non potendosi il debitore sottrarre neppure assicurandosi, come espressamente previsto, invece, per le ipotesi di colpa grave»¹²²; il che non sarebbe ammissibile in un ordinamento che considerasse “immorale” un patto sull'esonero da responsabilità per colpa grave¹²³.

Le medesime obiezioni varrebbero, peraltro, anche per la tesi che ravvisa il fondamento dell'art. 1229 c.c. nella contrarietà ai principi di buona fede e correttezza¹²⁴.

In considerazione della presunta *ratio* dell'art. 1229 c.c., e richiamando altresì quanto prevede l'art. 1355 c.c. (secondo cui «[è] nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore»), si è addirittura giunti a sostenere che le clausole di esonero per dolo o colpa grave comporterebbero la «distruzione del vincolo giuridico» perché in contrasto con il concetto stesso di obbligazione¹²⁵.

Anche questa tesi, però, non giustifica la nullità del patto di esonero per colpa grave che, a differenza della condizione meramente potestativa, non esclude l'obbligo a carico del debitore (che potrebbe così sottrarsi ai suoi doveri), ma solo la sanzione conseguente all'inadempimento¹²⁶; in altre parole, l'accordo non implica «il difetto di una seria volontà di eseguire il contratto»¹²⁷, ma, semplicemente, sancisce l'immunità del debitore per il caso in cui l'adempimento

¹²¹ F. BENATTI, *op. cit.*, p. 13. Contestano la genericità dei principi in esame G. AULETTA, *Limitazioni di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, p. 191; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 398; M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 323 ss.

¹²² A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 307.

¹²³ Cfr. F. BENATTI, *op. cit.*, p. 31 s.

¹²⁴ E. BETTI, *op. cit.*, p. 106 ss.

¹²⁵ A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951, p. 247 ss.; M. BESSONE, *op. ult. cit.*, p. 328; L. DELOGU, *op. cit.*, p. 16, n. 1

¹²⁶ G. AULETTA, *op. cit.*, p. 191, n. 40; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 308.

¹²⁷ M. BESSONE, *op. ult. cit.*, p. 328

sia divenuto impossibile (ai sensi dell'art. 1218 c.c.) a causa della grave negligenza di costui¹²⁸.

È dunque verosimile che l'equiparazione del dolo alla colpa grave debba essere ricondotta a una precisa scelta politica del legislatore¹²⁹, volta non solo a garantire – lo si è già detto – un livello minimo di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione (oltre all'«ordinato svolgimento dell'attività economica»), ma soprattutto a soddisfare una basilare esigenza di tutela del credito in un mercato dove le classi più abbienti sono anche le più favorite dal processo produttivo¹³⁰. Il che, almeno in apparenza, non confligge con la possibilità di fissare in via convenzionale la misura della diligenza che il debitore dovrebbe osservare; in questo senso depone, come si osservava, l'art. 1917, comma 1, c.c., che obbliga in ogni caso l'assicuratore «a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo», ad eccezione dei danni derivanti da fatti dolosi¹³¹.

D'altra parte, fermo restando che proprio dagli artt. 1229, 1900, comma 1 e 1917, comma 1, c.c. può ricavarsi il principio per cui la responsabilità per dolo è inderogabile, l'interesse generale alla tutela del credito non sembra possa determinare la nullità di un patto con cui viene esclusa o limitata la responsabilità degli amministratori di società.

Si è così suggerito che, sotto il profilo dell'efficacia deterrente, una clausole di esonero (anche per colpa grave) «opportunamente “calibrata”» potrebbe essere assimilata a una polizza assicurativa sulla responsabilità degli amministratori, poiché la responsabilità (anche gravemente negligente) di costoro ver-

¹²⁸ Cfr. F. BENATTI, *op. cit.*, p. 36; A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁹ F. BENATTI, *op. cit.*, p. 29 e 40.

¹³⁰ F. BENATTI, *op. cit.*, p. 42 s.

¹³¹ Rileva ancora F. BENATTI, *op. cit.*, p. 33 s., che «[s]e il legislatore si fosse preoccupato della circostanza che l'esonero dalla responsabilità attenuasse lo spirito di vigilanza del debitore, non avrebbe disposto l'operatività dell'assicurazione della responsabilità civile anche nel caso di colpa grave dell'assicurato». Conf. A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 309.

rebbe, in buona sostanza, «limitata alle eventuali franchigie previste nel contratto e alla parte del danno eccedente nei massimali di copertura»¹³².

Sotto il profilo della compensazione patrimoniale, invece, un patto o una clausola di esonero dalla responsabilità non provocherebbe una lesione al credito della società, poiché il patrimonio degli amministratori sarebbe «comunque insufficiente a garantire nella generalità dei casi una piena soddisfazione delle richieste risarcitorie della società *ex artt. 2392, 2393 c.c.*»; al contrario, dalla «limitazione della responsabilità degli amministratori, anche in caso di colpa grave, ad un livello parametrato alle loro capacità patrimoniali», potrebbe derivare «una riduzione dei costi di gestione, in termini di eccessive precauzioni e cautele», senza pregiudicare l'effetto deterrente della responsabilità *ex art. 2392 c.c.* né l'interesse della società, «tutelato in generale dall'*art. 1229 c.c.*»¹³³

In conclusione, se da un punto di vista sostanziale i principi di cui all'*art. 1229 c.c.* non sembrano di per sé incompatibili con l'esonero dalla responsabilità in favore degli amministratori, che a questi limiti potrebbe sottrarsi, detta norma dovrebbe forse trovare applicazione solo ai contratti di scambio e ai cosiddetti "contratti per adesione" disciplinati dagli *artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.*¹³⁴, che presentano, in effetti, un maggior rischio di abuso «della parte [negoziale] forte a danno di quella debole»¹³⁵.

5. *L'informazione deliberativa sulla situazione giuridica oggetto della rinuncia. Il ruolo della due diligence.*

Le considerazioni esposte nei paragrafi che precedenti inducono a ritenere che, per consentire a tutti soci (sia quelli futuri, coinvolti nelle trattative per

¹³² A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 310, 347 ss.

¹³³ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 311 s.

¹³⁴ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 313

¹³⁵ Cfr. F. BENATTI, *op. cit.*, p. 43; G. CECCHERINI, *op. cit.*, p. 161.

l'acquisto della partecipazione, sia quelli estranei alla negoziazione) di votare sulla rinuncia all'azione sociale dopo aver preso atto del credito rinunciato e dei fatti costitutivi dell'azione (ovvero, nel caso di esonero dalla responsabilità, delle operazioni da compiere), devono essere predisposti idonei meccanismi informativi, in sede pre-assembleare come in sede assembleare.

Per quanto riguarda il momento pre-assembleare, la dottrina ha di recente messo in luce che la disciplina sull'informazione si riferirebbe all'«oggetto della rinuncia considerato non solo quale bene della vita, ma anche come situazione giuridica»¹³⁶. Questo dato risalta con peculiare evidenza se si pensa alle innovazioni legislative in materia di società con azioni quotate: nell'ottica di contemperare gli interessi del pubblico con quelli dell'assemblea (soprattutto delle minoranze)¹³⁷, il legislatore, a partire dall'emanazione del T.U.F., avrebbe elaborato «un sistema ampiamente regolamentato di flussi informativi che rappresenta un reticolato strutturale e necessario teso a diffondere notizie non solo al mercato per rendere cosciente l'investimento, ma anche ai soci per permettere loro di esprimere in assemblea un voto consapevole»¹³⁸.

In questo sistema si inseriscono non solo l'art. 130 T.U.F. (la cui portata precettiva è stata però ridimensionata dalla dottrina in misura significativa fino a definirla «residuale»¹³⁹), ma anche (e soprattutto) gli artt. 123-*bis* («Relazione

¹³⁶ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 196.

¹³⁷ Si può notare, peraltro, che gli artt. 65-*duodecies* del Regolamento Consob 14 maggio 1999, n. 11971 (così come novellato dalla delibera 17 agosto 2009, n. 17002) paiono assimilare la figura del socio a quella dell'investitore: lo rilevano U. MORERA, *Sull'informazione pre-assembleare dei soci (art. 130 T.U. della finanza)*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 832; U. BELVISO, *L'informazione dei soci nelle società con azioni quotate (art. 130 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 842; G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 197.

¹³⁸ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 198 s.

¹³⁹ Cfr. ancora G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 198 e n. 25, secondo cui il «diritto di prendere visione di tutti gli atti depositati presso la sede sociale per assemblee già convocate e di ottenerne copia» dovrebbe essere inteso in realtà come il «diritto del socio di estrarre copia dei documenti depositati in vista dell'assemblea che siano diversi ed ulteriori rispetto a quelli dei quali esso potrà avere conoscenza in virtù della pubblicazione sul sito internet della società». Si è osservato, inoltre, che tale diritto non avrebbe dovuto essere riservato ai soci, ma avrebbe potuto essere rivolto indistintamente a tutti i soggetti che operano nel settore dell'intermediazione finanziaria: così C. ANGELICI, *Note in tema di informazione societaria*, in *La riforma delle società quotate, cit.*, p. 249 ss.; G. TERRANOVA, *sub art. 130*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di in-*

sul governo societario e gli assetti proprietari»), 123-ter («Relazione sulla remunerazione»), 125-bis («Avviso di convocazione dell'assemblea»), 125-ter («Relazione sulle materie all'ordine del giorno»), 125-quater («Sito Internet») e 127-ter («Diritto di porre domande prima dell'assemblea»). Pertanto, nell'ipotesi in cui l'assemblea della società sia chiamata a deliberare sulla rinuncia all'azione sociale di responsabilità, i soci potranno, in primo luogo, consultare la documentazione che sarà sottoposta all'assemblea sul sito internet della società; in secondo luogo, gli amministratori, ai sensi dell'art. 125-ter, saranno tenuti a fornire, entro il termine di pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea, un'informativa scritta sulle materie poste all'ordine del giorno, ossia una «relazione sul governo societario e gli assetti proprietari» (art. 123-bis) e una «relazione sulla remunerazione» (art. 123-ter), sulle quali i soci potranno porre domande¹⁴⁰ e che, in ogni caso, dovranno essere messe «a disposizione del pubblico presso la sede sociale, sul sito Internet della società, e con le altre modalità previste dalla Consob con regolamento».

Dalla lettura di queste norme (e soprattutto dall'inciso contenuto nell'art. 125-ter T.U.F., secondo cui gli amministratori «mettono a disposizione del pubblico la relazione, *accompagnata dalle proprie eventuali valutazioni*») sembra emergere il principio per cui la relazione degli amministratori in cui venga illustrata

termediazione finanziaria, a cura di G. ALPA-F. CAPRIGLIONE, II, Padova, 1998, p. 1196; F. BARACHINI, *L'art. 130 del T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: i nuovi confini del diritto di informazione del socio*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 690; M. FIERRO, sub art. 130, in *Testo Unico della Finanza. Commentario*, diretto da G.F. CAMPOBASSO, II, Torino, 2002, p. 1075 ss. Ad ogni modo è doveroso segnalare che, nell'opinione di diversi commentatori, la prerogativa in esame dovrebbe considerarsi espressione di un principio generale: cfr. G. TERRANOVA, *op. ult. cit.*, p. 1204; F. LAURINI, sub art. 130, in *La disciplina delle società quotate. Commentario*, a cura di P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI, I, Milano, 1999, p. 1093; M. BUSSOLETTI-P. DE BIASI, sub art. 2429 c.c., in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, p. 1066 ss. La norma sarebbe, dunque, suscettibile di essere estesa anche alle ipotesi in cui il diritto societario comune prevede in capo ai soci soltanto la facoltà di consultare gli atti depositati: cfr. U. MORERA, *op. cit.*, p. 831.

¹⁴⁰ Sul punto va segnalata l'opinione di P. MONTALENTI, *La Direttiva azionisti e l'informazione preassembleare*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 685 ss., il quale ritiene che le risposte alle domande rivolte agli amministratori ex art. 127-ter T.U.F. debbano essere rese non solo a chi ha posto il quesito ma anche al pubblico degli investitori, giacché l'informazione preassembleare è indirizzata, sotto il profilo sistematico, «al momento collegiale, e al mercato».

la proposta di rinunciare all'azione sociale deve fornire una rappresentazione in termini anche prospettici sulla rinuncia; il che, secondo parte della dottrina, sarebbe possibile solo se la relazione desse conto «dell'evento (atti di *mala gestio* degli amministratori), del danno (realizzatosi o in corso di realizzazione) e del diritto di credito (quantificato o almeno quantificabile), oltre che delle conseguenze derivanti dall'atto in una visione "relazionale"» (cioè dei costi e dei benefici, «gli uni in un rapporto di congruenza con gli altri»)¹⁴¹.

A ciò si aggiunga che, nel caso in cui l'assemblea sia convocata dai soci ai sensi dell'art. 2367 c.c. e la relazione sulle materie all'ordine del giorno sia predisposta da questi ultimi, il legislatore lascia comunque agli amministratori la possibilità di integrarla, qualora essa risulti carente, per renderla omogenea a quella di cui all'art. 125-ter T.U.F.¹⁴²

Per quanto riguarda il momento assembleare (che nelle società "chiuse", rispetto al momento pre-assembleare, riveste senza dubbio maggiore importanza dal punto di vista informativo), era opinione diffusa già prima della riforma del 2003 che, in sede di dibattito, «gli intervenuti abbiano diritto non soltanto ad esprimere la propria opinione sugli argomenti all'ordine del giorno, ma anche a richiedere informazioni e chiarimenti sia sulle specifiche materie all'ordine del giorno sia sull'andamento della gestione sociale», rivolgendo le loro richieste al presidente dell'assemblea, «il quale potrà rispondere direttamente ovvero invi-

¹⁴¹ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 200 e n. 30, il quale, da un lato, ritiene che una «valutazione relazionale» da parte dell'organo gestorio si imponga sempre e comunque per decisioni di questo tipo e, dall'altro, sottolinea che un ulteriore indice normativo di detto principio potrebbe essere rinvenuto all'art. 126-bis, comma 4, T.U.F. («Integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea e presentazione di nuove proposte di delibera»): «I soci che richiedono l'integrazione ai sensi del comma 1 predispongono una relazione che riporti la motivazione delle proposte di deliberazione sulle nuove materie di cui essi propongono la trattazione ovvero la motivazione relativa alle ulteriori proposte di deliberazione presentate su materie già all'ordine del giorno. La relazione è trasmessa all'organo di amministrazione entro il termine ultimo per la presentazione della richiesta di integrazione. L'organo di amministrazione mette a disposizione del pubblico la relazione, accompagnata dalle proprie eventuali valutazioni, contestualmente alla pubblicazione della notizia dell'integrazione o della presentazione, con le modalità indicate all'art. 125-ter, comma 1».

¹⁴² G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 201.

tando gli interessati (normalmente gli amministratori) a provvedere»¹⁴³. Ed è altrettanto pacifico che il diritto all'informazione possa essere fatto valere dai soci chiedendo, ai sensi dell'art. 2374 c.c., il rinvio dell'adunanza a non oltre cinque giorni qualora essi dichiarino, per l'appunto, «di non essere *sufficientemente informati*»¹⁴⁴.

Di conseguenza, sembra plausibile affermare che, ove l'assemblea si riunisca per deliberare sulla rinuncia all'azione sociale, ogni socio intervenuto, «a prescindere dall'aliquota di capitale da esso rappresentata», può esigere chiarimenti sull'oggetto della delibera, ha diritto ad ottenere puntuali e adeguate risposte in merito e può anche ottenere il rinvio dell'assemblea in attesa di riceverle¹⁴⁵.

Non va trascurato, peraltro, che vi è un ulteriore strumento volto a rendere effettivo il diritto ad essere informati, ossia il verbale dell'assemblea¹⁴⁶, di cui tutti i soci, secondo quanto dispone l'art. 2422, comma 1, c.c., possono prendere visione e che, quindi, non sarebbe destinato soltanto «a documentare la delibera assembleare, al contempo come *atto* e come *procedimento*»¹⁴⁷ (anche a beneficio del mercato e dei terzi): dal combinato disposto degli artt. 2371, comma 1 (nella parte relativa agli obblighi del presidente dell'assemblea), 2375, 2377,

¹⁴³ A. SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, III, 1, Torino, 1994, p. 162. Sullo stesso argomento si v. anche, dopo la riforma, ID., *Il procedimento assembleare*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 68.

¹⁴⁴ Per ulteriori riferimenti sul tema si segnalano, per tutti, A. PACIELLO, *Il rinvio dell'assemblea*, in *Riv. not.*, 1986, p. 100 ss.; G. FERRI, JR., *Il "rinvio" dell'assemblea*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 704 ss.; A. SERRA, *L'assemblea: procedimento*, cit., p. 167 ss.; ID., *Il procedimento assembleare*, cit., p. 68 ss.; C. MONTAGNANI, sub art. 2374 c.c., in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, 2004, p. 517; F. LAURINI, sub art. 2374, in *Assemblea*, a cura di A. PICCIAU, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2008, p. 205 ss.

¹⁴⁵ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 204.

¹⁴⁶ F. GUERRERA, *Il verbale di assemblea*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 103 ss.

¹⁴⁷ F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 95, il quale soggiunge che se «la decisione è non tanto il "prodotto" o la "combinazione" della volontà dei partecipanti, bensì il risultato del ciclo complessivo dell'attività organica, come regolata dalla legge e dallo statuto, il verbale costituisce allora la documentazione - necessariamente estrinseca, quantunque non surrogabile da altre forme di accertamento - della relativa vicenda societaria, e non già la forma dell'atto che ne deriva».

comma 5, n. 3 c.c. (sull'annullabilità delle delibere assembleari per inesattezza o incompletezza del verbale) e 2379 ss. c.c. (sulla nullità della delibera per mancanza del verbale) sembra, infatti, si possa evincere che la sua forma deve essere analitica¹⁴⁸; il verbale dovrebbe, cioè, riportare «tutti gli elementi utili per ricostruire l'andamento dei lavori assembleari, e specialmente del contenuto della discussione e delle deliberazioni prese»¹⁴⁹. Sicché, nel caso della rinuncia, è necessario che «il verbale d'assemblea sia la dichiarazione negoziale»¹⁵⁰. Ma se, da un lato, non è in discussione che tale dichiarazione debba esplicitare la causa della rinuncia e, dunque, recare «la chiara e completa espressione di volontà dei soci di dismettere il diritto»¹⁵¹, dall'altro lato non sembra altrettanto necessario che dal verbale debba ricavarsi la precisa determinazione dell'oggetto della rinuncia: se, in conformità in principi generali del nostro ordinamento, l'oggetto della rinuncia può essere solo determinabile¹⁵², in sede di verbalizzazione della relativa delibera sarebbe sufficiente un determinazione solo «potenziale»¹⁵³.

Non persuade, infatti, la tesi secondo cui il verbale «non spiegherebbe la propria funzione» qualora esso desse atto «solo del credito rinunciato e non dei fatti costitutivi dell'azione sociale di responsabilità», perché «i soci assenti non potrebbero risalire a quello che viene definito «il reale contenuto della disposizione effettuata dalla società»; verrebbe così loro impedito di maturare un giudizio sull'operato degli amministratori e, quindi, «di assentire o dissentire con piena consapevolezza rispetto alla decisione presa»¹⁵⁴.

Si può osservare, innanzi tutto, che oggetto della rinuncia all'azione sociale di responsabilità non è l'atto, il fatto o l'operazione che abbiano arrecato un danno alla società, ma la pretesa risarcitoria derivante da quel danno. Senza

¹⁴⁸ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 212.

¹⁴⁹ S. ALAGNA, *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 2005, p. 172.

¹⁵⁰ Così F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 126.

¹⁵¹ G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 213 s.

¹⁵² Si v. *supra*, § 3.

¹⁵³ Cfr. G. DELL'ATTI, *op. ult. cit.*, p. 214, il quale sostiene, per l'appunto, che il verbale debba recare «la precisa determinazione (o potenziale determinazione) dell'oggetto della rinuncia».

¹⁵⁴ G. DELL'ATTI, *op. loc. ult. cit.*

mai dimenticare che l'oggetto (cioè il credito) deve essere (*ex art. 1346 c.c.*) determinato o almeno determinabile, ossia, come già specificato, «quantificato o almeno quantificabile».

Inoltre pare legittimo dubitare che i soci possano esprimere un'opinione fondata circa la responsabilità degli amministratori avendo come unico riferimento un ipotetico elenco, contenuto nel verbale, degli episodi di *mala gestio* che hanno provocato il danno.

Infine, se la rinuncia deve essere in qualche modo utile alla società, questo valore aggiunto (che dovrebbe comunque emergere dalla dichiarazione della causa del negozio) può essere ponderato non solo e non tanto in rapporto alle modalità dell'operazione (realizzata o ancora da realizzare), ma anche e soprattutto al contesto in cui questa operazione si colloca e ai suoi esiti in termini di costi e benefici. Su questi dati dovrebbero basarsi le informazioni che gli amministratori sono tenuti a fornire ai soci e che saranno riportate nel verbale ovvero (nelle società quotate) messe a disposizione dei soci.

I problemi su cui è necessario interrogarsi affrontando il tema del diritto all'informazione in sede di dibattito assembleare si ripropongono, ovviamente, anche per i patti parasociali con cui il cessionario di una partecipazione si impegna a non avanzare alcuna pretesa risarcitoria nei confronti degli amministratori nominati dal suo dante causa. È assai più facile, tuttavia, che nell'ambito di un'acquisizione societaria, solo l'acquirente e futuro socio possa essere chiamato a rinunciare in via preventiva all'azione sociale (nel momento in cui si trovi a sottoscrivere un accordo che preveda un vincolo sul voto in relazione alla delibera *ex art. 2393*, ultimo comma, c.c. o l'esonero dalla responsabilità *ex art. 2392 c.c.*); in una simile ipotesi, le lacune informative che si profilassero a fronte di un impegno così articolato si rifletterebero solo sulla sua posizione (come parte contrattuale e come socio *in fieri*): che la rinuncia si riferisca al risarcimento del danno prodotto da operazioni che hanno preceduto l'inizio delle trattative ovvero alla gestione che intercorre fra la fase embrionale dell'acquisizione e la

firma del contratto, i soci che non partecipassero alla negoziazione, una volta riuniti in assemblea per deliberare sulla responsabilità degli amministratori, dovrebbero votare sulla rinuncia dopo che i fatti da cui tale responsabilità discende si sono già verificati, malgrado possa ipotizzarsi che le conseguenze di determinate scelte gestorie non siano ancora percepibili in concreto; la posizione di questi soci dovrebbe, dunque, essere esaminata da una prospettiva completamente diversa, perché il voto da loro espresso sarebbe rivolto a quella che è una rinuncia *post factum*. L'unica ipotesi in cui sia l'acquirente sia i soci estranei alla negoziazione potrebbero rinunciare in via preventiva all'azione sociale *ex art. 2393 c.c.* o votare in favore dell'esonero dalla responsabilità *ex art. 2392 c.c.* sarebbe, infatti, quella in cui gli amministratori nominati dall'alienante restassero in carica dopo il trasferimento del controllo.

Ciò premesso, pare opportuno ribadire, sulla scorta delle suggestioni fin qui esposte, che l'oggetto della rinuncia può essere solo determinabile e che gli amministratori, nel momento in cui l'assemblea dovesse essere convocata per deliberare sull'azione sociale di responsabilità nei loro confronti, sarebbero comunque tenuti a informare tutti i soci (anche quelli estranei alla negoziazione) sui risvolti dell'operazione.

In secondo luogo si può supporre che, ove l'acquirente, in sede parasociale, si impegni a votare contro (o a non votare a favore del) l'azione sociale di responsabilità, ma in sede assembleare non disponga di tutte quelle informazioni che gli consentirebbero di votare in modo consapevole¹⁵⁵, nulla gli vieterebbe, come evidenziato in precedenza, di disattendere l'impegno assunto e di votare in modo difforme agli accordi presi (esponendosi, tuttavia, al rischio del

¹⁵⁵ E nulla sembra escludere che, al momento di siglare il patto parasociale che preveda la rinuncia all'azione sociale e art. 2393 c.c. o l'esonero dalla responsabilità, le parti possano concordare l'inserimento nel testo del patto di un'apposita clausola nella quale venga specificato che gli amministratori, prima di presentare le loro dimissioni, dovranno fornire a tutti i soci le informazioni di cui questi ultimi ancora non dispongono quando l'assemblea si riunirà per deliberare sulla loro responsabilità, restringendo gli effetti della rinuncia o dell'esonero, per l'ipotesi in cui ciò non avvenga, all'ipotesi della sola colpa lieve.

risarcimento del danno)¹⁵⁶. Gli altri soci, invece, informati dell'esistenza del patto (pubblicato prima che si tenga l'assemblea o in apertura della medesima), potranno porre domande sull'oggetto della rinuncia, chiedere (qualora riescano a riunire un terzo del capitale), il rinvio dell'assemblea o, ancora (purché raggiungano l'aliquota indicata dall'art. 2393-bis c.c.) promuovere l'azione sociale.

Sul piano contrattuale (e non su quello societario), peraltro, il cessionario di una partecipazione, nel corso delle trattative, può avvalersi di un dispositivo che dovrebbe attenuare in misura sensibile il rischio di accordi poco trasparenti o potenzialmente dannosi: si allude naturalmente alla *due diligence*.

Con questa espressione (divenuta ormai di uso piuttosto comune nel lessico degli affari¹⁵⁷) si designa quell'attività di natura professionale (perché affidata a consulenti esperti dotati di elevata competenza) volta a descrivere, analizzare e valutare, anche per mezzo di indagini mirate a oggetto circoscritto, gli elementi più significativi di un investimento societario¹⁵⁸, onde individuarne i rischi specifici, rilevati o ipotizzabili, e consentire l'adozione di rimedi idonei a ridurre le probabilità che tali rischi si traducano in pregiudizi o passività una volta che l'operazione sia conclusa¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Si v. *supra*, in questo capitolo, sez. I, § 4.

¹⁵⁷ Ma non altrettanto nella legislazione e nella giurisprudenza. Si fa menzione del procedimento di *due diligence*, per esempio, all'art. 68, lett. e), del Regolamento Consob, recante norme di attuazione del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di intermediari, adottato con deliberazione n. 16190 del 29 ottobre 2007 e pubblicato in *G.U.R.I.*, suppl. ordinario n. 222 alla *G.U.R.I.*, 2 novembre 2007, n. 255. In giurisprudenza si v. Trib. Roma, 16 aprile 2008; Trib. Monza, 3 luglio 2006; Trib. Bologna, 25 gennaio 2006; Trib. Genova, 9 novembre 2005.

¹⁵⁸ Che può consistere in un progetto di investimento della più varia natura ed estensione: acquisizioni di partecipazioni societarie (in particolare di partecipazioni totalitarie o che integrano una minoranza qualificata); operazioni straordinarie (come fusioni e scissioni); trasferimenti di aziende o di rami di azienda); quotazioni in borsa; aumenti di capitale di società quotate; operazioni di *leveraged, family e management buy out*, di *management buy in* o di *merger leveraged buy out*; accordi di *joint venture*; offerte pubbliche di titoli; ristrutturazioni finanziarie ed erogazione di finanziamenti ad opera di istituti di credito; cartolarizzazioni e operazioni di *project finance*.

¹⁵⁹ Così la definisce L. BRAGOLI, *La due diligence legale e i suoi riflessi contrattuali*, in *Le acquisizioni societarie*, cit., p. 61. Oltre al saggio appena citato, per un inquadramento generale cfr., senza alcuna pretesa di completezza, A. STESURI, *La due diligence nel processo di acquisizione delle imprese*, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 6, p. 16 ss.; S. TERSILLA, *La due diligence per l'acquisizione di un pacchetto azionario di controllo di una società non quotata in borsa: obblighi di informazione e responsabilità dei soggetti coinvolti*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, p. 969 ss.; L.G. PICONE, *Trattative, due diligence ed obblighi informativi delle società quotate*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 234 ss.; G. ALPA-A.

Da questa sintetica definizione si ricava che non esiste un modello unico e tipizzato di *due diligence*, poiché gli obiettivi e l'assetto della procedura cambiano in rapporto alle caratteristiche dell'operazione su cui è necessario indagare: a seconda dei casi e delle esigenze, si può immaginare una *due diligence* orientata al profilo legale, a quello strategico-commerciale, a quello finanziario-creditizio, a quello ambientale, o ancora a quello contabile e fiscale, eccetera¹⁶⁰; in altre parole, l'attività in questione può essere pianificata in funzione di un determinato aspetto dell'operazione (*limited due diligence*) o, in alternativa, dei rischi che l'operazione presenta nel suo complesso (*full due diligence*)¹⁶¹, come avviene nel caso dell'acquisto di una partecipazione.

La *due diligence* legale, per esempio, mira a identificare sia i possibili rischi di natura legale sia gli strumenti giuridici più adatti per portare a termine l'operazione. Nello spettro dell'indagine possono rientrare:

- 1) le caratteristiche dell'oggetto dell'operazione: ove l'oggetto sia una partecipazione sociale, dovranno essere esaminati l'atto costitutivo e lo statuto della società *target*, i certificati camerali, i libri sociali, gli eventuali patti parasociali stipulati dai soci, i bilanci, eccetera;
- 2) la consistenza patrimoniale (nell'ipotesi in cui l'operazione abbia per oggetto o contempra l'acquisto di beni immobili o mobili);
- 3) i contratti stipulati dalla controparte;
- 4) la salute e la sicurezza dei lavoratori sui luoghi di lavoro;

SACCOMANNI, *Procedure negoziali, due diligence e memorandum informativi*, in *Contratti*, 2007, p. 267 ss.; L. BRAGOLI, *La due diligence legale nell'ambito delle operazioni di acquisizione*, in *Contratti*, 2007, p. 1125 ss.; G. GIACOMA-M. SARTORI-A. STESURI, *Due diligence. Analisi contabile, fiscale e legale*, Milano, 2007, p. 7 ss.; E. PULITANÒ, *La due diligence legale*, in *I contratti di acquisizione di società e di aziende*, a cura di U. DRAETTA-C. MONESI, Milano, 2007, p. 111 ss.; F. RICCI, *Due diligence e responsabilità*, Bari, 2008, *passim*; E. ROMITA-M. CAVERNI, *La due diligence fiscale e contabile-finanziaria anteriori all'acquisizione*, in *Le acquisizioni societarie, cit.*, p. 87 ss.; V. SANGIOVANNI, *Due diligence, trattative e fattispecie di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 801 ss.

¹⁶⁰ Per ulteriori ragguagli si v. C. GENNARO, *Tipologie di due diligence: criteri di classificazione*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 20, p. 20 ss.

¹⁶¹ G. ALPA-A. SACCOMANNI, *op. cit.*, p. 268; G. GIACOMA-M. SARTORI-A. STESURI, *op. cit.*, p. 13; F. RICCI, *op. cit.*, p. 57; L. BRAGOLI, *La due diligence legale e i suoi riflessi contrattuali, cit.*, p. 64 s.

- 5) eventuali concessioni e autorizzazioni, la situazione ambientale e i rapporti con l'autorità pubblica: potrà, quindi, essere oggetto di apposita indagine l'adozione di un modello organizzativo ex D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, e il rispetto delle procedure indicate nel modello;
- 6) i rapporti finanziari ed eventuali garanzie rilasciate a favore di terzi;
- 7) i marchi, i brevetti e i modelli industriali;
- 8) i contratti di lavoro e l'area delle risorse umane;
- 9) l'osservanza degli obblighi previsti per la tutela dei dati personali;
- 10) il contenzioso attivo e passivo¹⁶².

Di regola l'investitore avvia la *due diligence* prima di concludere l'affare (*pre-acquisition due diligence*) per acquisire i dati necessari a negoziare le condizioni (non solo contrattuali) dell'operazione¹⁶³. L'obiettivo di fondo cambia se l'attività *due diligence* si colloca a valle della negoziazione (*post-acquisition due diligence*): in questo caso la funzione della procedura è, infatti, verificare la corrispondenza fra le dichiarazioni rese nel corso delle trattative e lo stato in cui si trova l'oggetto dell'operazione; ove la verifica desse esito negativo, l'investitore potrà decidere di attivare specifiche garanzie o chiedere la revisione del corrispettivo pattuito¹⁶⁴.

Anche la *due diligence* si presenta, dunque, come uno strumento che, sia pure indirettamente, consente al futuro socio, in vista dell'assemblea chiamata a deliberare sulla rinuncia all'azione sociale di responsabilità, di decidere consapevolmente sulla situazione giuridica oggetto di rinuncia.

¹⁶² Cfr. in tema L. BRAGOLI, *La due diligence legale nell'ambito delle operazioni di acquisizione*, cit., p. 1127; ID., *La due diligence legale e i suoi riflessi contrattuali*, cit., p. 69 ss.; G. GIACOMA-M. SARTORI-A. STESURI, *op. cit.*, p. 17 s.; F. RICCI, *op. cit.*, p. 68 s.

¹⁶³ L. BRAGOLI, *op. ult. cit.*, p. 65

¹⁶⁴ Cfr. sul punto F. RICCI, *op. cit.*, p. 55; E. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 118; L. BRAGOLI, *La due diligence legale nell'ambito delle operazioni di acquisizione*, cit., p. 1129; ID., *La due diligence legale e i suoi riflessi contrattuali*, cit., p. 65.

CAPITOLO III
ESONERO DALLA RESPONSABILITÀ
E VALUTAZIONE DELL'OPERATO DEGLI AMMINISTRATORI:
UN CONFRONTO CON IL DIRITTO STATUNITENSE.

SOMMARIO: 1. I doveri fiduciari degli amministratori nel diritto societario statunitense e le tecniche di difesa da un'offerta pubblica di acquisto: alcune premesse. – 2. Lo standard di diligenza richiesto agli amministratori in caso di scalata ostile nel diritto giurisprudenziale del Delaware: il rapporto con la *business judgment rule* e le cosiddette “*exculpatory provisions*”. – 3. Spunti ricostruttivi sul *duty of good faith*. – 4. Il rapporto fra la *business judgment rule* e il *duty of care*. – 5. Le clausole di esonero dalla responsabilità e la protezione offerta agli amministratori dalla *business judgment rule* nell'ordinamento italiano: un tentativo di sintesi.

1. I doveri fiduciari degli amministratori nel diritto societario statunitense e le tecniche di difesa da un'offerta pubblica di acquisto: alcune premesse.

Nel corso della trattazione pregressa si è avuto modo di anticipare che le potenzialità operative di una clausola di esonero dalla responsabilità in favore degli amministratori (o di un qualsiasi accordo che abbia il medesimo oggetto) sembrano in qualche modo intersecarsi (fino a collidere) con quelle della *business judgment rule*¹: sarebbe, quindi, opportuno accertarsi se un patto parasociale con cui l'acquirente di una partecipazione si impegna a rinunciare in via preventiva all'azione sociale di responsabilità non garantisca agli amministratori che ne siano beneficiari una protezione, tutto sommato, limitata (se si considera

¹ Si v. *supra*, cap. II, sez. II, § 4.

che, laddove costoro siano chiamati a rispondere di eventuali danni, il giudice, nel valutare il loro operato, non potrà non richiamarsi proprio alla *business judgment rule*) e, allo stesso tempo, domandarsi se, al contrario, per questo tipo di accordi non residui una qualche possibilità dal punto di vista applicativo.

Scopo delle pagine che seguono, dunque, è sia tentare di delineare una possibile soluzione a questo interrogativo alla luce delle riflessioni svolte in materia dalla dottrina e dalla giurisprudenza nordamericana (che, sotto il profilo comparatistico, ad oggi rappresentano di certo il termine di confronto più stimolante), sia, più in generale, trovare la risposta a uno dei quesiti fondamentali da cui ha preso le mosse la presente indagine, ossia verificare l'ammissibilità di una clausola di esonero dalla responsabilità in favore degli amministratori, e che il legislatore dello Stato del Delaware ha risolto in senso positivo, come si vedrà, introducendo una disposizione volta a regolare le cosiddette "*exculpatory provisions*".

È doveroso premettere, comunque, che, per quanto riguarda i riferimenti legislativi e giurisprudenziali, l'analisi sarà circoscritta geograficamente, per l'appunto, allo stato del Delaware: sia perché un'indagine più ad ampio raggio, in questa sede, soffrirebbe di un'eccessiva ambizione, sia perché, nell'opinione pressoché unanime degli studiosi, sono le corti del Delaware (favorite da una legislazione particolarmente sofisticata e dal conseguente insediamento sul territorio di questo stato di un gran numero di imprese) ad aver maturato nel campo del diritto societario una competenza tale da conferire peculiare autorevolezza alle loro pronunce².

² Non potrebbero essere più eloquenti, al riguardo, le parole di K.A. JORDAN, *The Business Judgment Rule Today: an American Perspective*, in *La responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, a cura di C. AMATUCCI, Milano, 2014, p. 71: «While corporate law is practiced in every state in America, the state of Delaware is widely recognized as *the seat of American corporate law*, and consequently, many look to Delaware's statutory and decisional law on corporate governance when determining the outcome of corporate disputes» (il corsivo è aggiunto). Altrettanto efficaci sono le annotazioni di ARTHUR R. PINTO-F.A. GEVURTZ, *United States*, in *Comparative Corporate Governance. A Functional and International Analysis*, edited by A.M. FLECKNER-K.J. HOPT, Cambridge, 2013, p. 1050, secondo i quali, «[i]n terms of state corporate law, Delaware has been the primary source of corporate law in the US for publicly traded corporations. Del-

Per dare un'idea dell'importanza che riveste la *business judgment rule* come categoria interpretativa³, basterebbe segnalare che essa è stata definita come

ware's prominence is because so many publicly traded corporations are incorporated there, including over half the Fortune 500 companies. Thus, Delaware corporate statutory and case law is significant to an understanding of the regulation of the publicly held corporations and corporate governance rules. Although much debated and researched, Delaware continues to be the dominant state player in providing company law for publicly traded corporations, albeit with a strong federal presence». Precisa, infatti, L. ENRIQUES, *Diritto societario statunitense e diritto societario italiano: in weiter Ferne, so nah*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 274 s., che lo stato del Delaware «ha sì una posizione preminente nel diritto societario americano, ma solo per le società quotate, la maggioranza delle quali lo ha scelto in alternativa allo stato della sede amministrativa (quasi mai una società sceglie un diritto societario diverso da quello del Delaware o da quello in cui ha la sede amministrativa)», e che «[p]oiché il diritto del Delaware è più "costoso" (sotto il profilo, *in primis*, delle tasse di "registro" imposte da quello stato), le società "chiuse" scelgono assai più spesso il diritto dello stato in cui hanno la sede amministrativa», fermo restando, comunque, che «in quello stato [...] la qualità dei giudici delle controversie societarie è sicuramente superiore a quella riscontrabile negli altri stati».

³ Sia prima sia dopo la riforma del 2003 (che, com'è noto, al fine di individuare un criterio più preciso per valutare la responsabilità dei componenti dell'organo di gestione, ha sostituito la diligenza del mandatario con quella professionale richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze dell'amministratore), il tema, data la sua grande rilevanza pratica, è stato oggetto di studio e discussione anche nella letteratura giuridica italiana: si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza, R. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 168; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 166 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 61 ss.; ID., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 183 ss.; ID., *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, p. 116 ss.; G. CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002, p. 31 ss.; A. DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *A.G.E.*, 2003, p. 183 ss.; A. FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore in Società*, 2004, p. 1519 ss.; A. BALSAMO-C. MALTESE, *Responsabilità degli amministratori: parametri del controllo giudiziale*, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 6, p. 80; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 48 ss.; D. MONACI, *Sindacato giudiziario della diligenza dell'amministratore e prova dei vantaggi compensativi* (nota a Cass., 24 agosto 2004, n. 16707), in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 406 ss.; C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 675 ss. (da qui le successive citazioni in nota) e in ID., *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 285 ss.; ID., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 2° ed., 177 ss.; ID., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012, p. 401 ss.; ID., *Interesse sociale e business judgment rule*, in *La responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, cit., p. 1 ss.; ID., *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, p. 111 ss.; A. DE NICOLA, *op. cit.*, p. 546 ss.; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 844 ss.; ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, p. 535 ss. e in ID., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 159 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori: i nuovi paradigmi*, in ID., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 117 ss.; ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 47, 51, 57 s.; R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, p. 1199 ss.; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli ammi-*

«[o]ne of the foundational concepts of Delaware corporate law», la cui applicazione si basa su «five fundamental tenets:

First, the corporate form separates the ownership of an enterprise from the management of the enterprise and entrusts the management function to a board of directors.

Second, performance of that management function consists of at least two things: (a) making economic decisions, including the basic risk-reward choices of a business, and (b) supervising employees of the enterprise – in other words, hiring and overseeing the corporate officers to whom the board can delegate daily management responsibility for the enterprise.

Third, corporate directors are not guarantors of the financial success of the enterprise.

Fourth, while not guarantors, directors are nevertheless accountable to the owners of the enterprise to adhere to certain standards in carrying out their management responsibilities.

nistratori di s.p.a., cit., p. 53 ss. (ove ulteriori, ampi riferimenti); D. SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 642 ss.; G. GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 239 s.; P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 309 ss.; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa privata della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 831 ss.; M. CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo; recenti correttivi negli USA e in Europa* (nota a Trib. Palermo, 13 marzo 2008), in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 129 ss.; M. BODELLINI, *Ancora sui criteri di accertamento e di valutazione della condotta degli amministratori* (nota a Trib. Milano, 14 gennaio 2010), in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1187 ss.; M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, 2011, I, p. 616 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 534 e 543 e in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 596 s. e 606 s.; M. CASTIGLIONI, *Brevi note in materia di insindacabilità delle scelte gestionali degli amministratori e di onere della prova nell'azione sociale di responsabilità* (nota a Cass., 16 gennaio 2012, n. 434), in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 1206 ss.; P. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1167 ss.; D. CESIANO, *L'applicazione della "Business Judgment Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 941 ss.; A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 129 ss.

And, finally, *Fifth*, those standards of corporate governance are essentially the well-known fiduciary duties of loyalty and care»⁴.

Sul rapporto fra la *business judgment rule* e i doveri fiduciari degli amministratori di società nel diritto statunitense, e per la precisione sul *duty of care* e sul *duty of loyalty*, la letteratura è vastissima⁵: al semplice scopo di definire il quadro concettuale in cui si collocano gli argomenti qui affrontati, si ritiene sia sufficiente richiamare per sommi capi le definizioni che la dottrina ha fornito di tali doveri (definizioni sulle quali vi è un consenso pressoché unanime).

Per quanto riguarda il *duty of care*, esso «rientra nel più generale dovere di agire con diligenza che informa tutto il diritto statunitense»⁶ e deve essere ricondotto ai principi generali su cui si regge la cosiddetta “*law of negligence*”, la quale a sua volta sottende la regola (di natura morale e non giuridica) secondo cui chiunque svolga una funzione che comporta il rischio di arrecare ad altri un danno soggiace all’obbligo morale di adempiere ai propri doveri con diligenza⁷.

⁴ Così ancora K.A. JORDAN, *op. loc. cit.* (i corsivi sono dell’Autore).

⁵ Sia consentito rinviare per una sintesi a M.A. EISENBERG, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, in *U. Pitt. L. Rev.*, 1989-1990, 51, p. 945 ss.; ID., *The Board of Directors and Internal Control*, in *Cardozo L. Rev.*, 1997-1998, 19, p. 237 ss.; R.F. BALOTTI-J.J. HANKS, *Rejudging the Business Judgment Rule*, in *Business Lawyer*, 1993, 48, p. 1340; S.M. BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, in *Vand. L. Rev.*, 2004, 83, p. 102 ss.; ID., *Corporate Law*, New York, 2009, 2° ed., p. 96 ss.; WILLIAM W. BRATTON, *Rules, Principles, and the Accountinh Crisi in the United States*, in *After Enron: Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and in the U.S.*, edited by J. ARMOUR-J.A. MCCAHERI, Oxford, 2006, p. 265 ss.; J.R. MACEY, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton, 2008 (trad. it. *Corporate governance: quando le regole falliscono*, Torino, 2010), *passim*; W.M. LAFFERTY-L.A. SCHMIDT-D.J. WOLFE, JR., *A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law*, *Penn State L. Rev.*, 2012, p. 837 ss..

⁶ F. GHEZZI, I “doveri fiduciari” degli amministratori nei “*Principles of Corporate Governance*”, in *Riv. soc.*, 1996, p. 486. La § 4.01(a) dei *Principles of Corporate Governance* redatti dall’American Law Institute, infatti, impone a chi è incaricato della gestione della società di impiegare «the care that an ordinarily prudent person would reasonably expected to exercise in a like position and under similar circumstances». Del resto già la Corte Suprema del Delaware aveva stabilito che agli amministratori si richiede «that amount of care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstances»: si v. *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 (Del. 1963)

⁷ Il che, nell’opinione di M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 618, significa non già agire al meglio delle proprie capacità, bensì conformare «la propria condotta ad un modello di comportamento accettato dalla collettività». La “*law of negligence*”, in questo senso, sembra formare quel vasto «tessuto connettivo di stampo etico» che contraddistingue l’ordinamento giuridico dei paesi di *common law*: cfr. L. ENRIQUES, *op. ult. cit.*, p. 284.

Perciò il *duty of care* consiste, semplicemente, «nel dovere da parte di amministratori e *officers* di compiere con diligenza gli obblighi derivanti dal loro ufficio»⁸ e si articola in quattro obblighi principali (da cui discendono le relative responsabilità):

- 1) il *duty to monitor* (il dovere «di controllare, o sorvegliare, ragionevolmente la conduzione dell'attività di gestione della società»);
- 2) il *duty to inquire* (il dovere di informarsi o «di controllare l'attendibilità delle informazioni che sono state acquisite e che sono cagione di preoccupazioni»);
- 3) il dovere «di comportarsi ragionevolmente nell'*iter* di formazione di una decisione»;
- 4) il dovere «di compiere decisioni ragionevoli»⁹.

Il *duty of loyalty*, le cui origini devono essere ricercate nel concetto di *trust* proprio degli ordinamenti di *common law*, consiste, invece, «nell'obbligo di amministratori, funzionari e azionisti in posizione di controllo di comportarsi correttamente (*fairly*) con la società quando essi agiscano nel loro personale interesse»¹⁰ (sia esso di natura economica o familiare). Per gli amministratori, quindi, esso si traduce nel dovere fiduciario di non agire in conflitto con l'interesse so-

⁸ Secondo la lettura che ne offre F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 486 s. Rileva, inoltre, M. VENTORUZZO, *La disciplina delle misure difensive negli Stati Uniti d'America: spunti di riflessione per la situazione europea*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, I, p. 523 s., che lo standard di diligenza imposto dal *duty of care*, nella maggioranza degli Stati dell'Unione, viene determinato ispirandosi al § 8.30(a) del Model Business Corporation Act del 1984, secondo cui «[a] director shall discharge his duties as director (1) in good faith; (2) with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and (3) in a manner he reasonably believes to be in the best interest of the corporation».

⁹ La classificazione qui proposta rispecchia quella illustrata da M.A. EISENBERG, *op. cit.*, I, p. 618 s. e richiamata da F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 487, cui si rinvia per approfondimenti sul tema.

¹⁰ F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 509. Cfr. inoltre R. GRANTHAM, *The Content of the Directors' Duty of Loyalty*, in *J. Bus. Law*, 1993, p. 149 ss. e F. MARRELLA, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali nella legislazione statunitense*, in *Dir. eco.*, 1993, p. 159. L'inclusione del dovere di correttezza e, più in generale, dei doveri fiduciari fra le regole proprie del *common law* è stato tuttavia contestato da B. DEMOTT, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, in *Duke L.J.*, 1988, p. 881, la quale sottolinea che «few areas of the law are as distinctively equitable in character as fiduciary obligation, and few owe so little of their origin or subsequent development to the common law».

ziale ma, anzi, qualora una situazione di conflitto si verifici, di dare sempre la precedenza all'interesse degli azionisti¹¹.

Questi cenni preliminari, inevitabilmente approssimativi, sono necessari anche per spiegare in quali termini la responsabilità degli amministratori, nel diritto statunitense, può rappresentare un profilo problematico nell'ambito delle acquisizioni societarie e perché sulla questione il dibattito è ancora aperto.

Se nel diritto italiano, come si è visto, il tema è se sia lecito o meno liberare in via preventiva gli amministratori nominati dall'alienante da ogni responsabilità per la passata gestione, per le operazioni compiute nel corso della negoziazione o addirittura per operazioni future, negli U.S.A., al contrario, la dottrina e la giurisprudenza tuttora sono divise sui criteri in base ai quali valutare la condotta tenuta degli amministratori nelle varie fasi della cessione, soprattutto quando il trasferimento avvenga a seguito di un'offerta ostile. È possibile, infatti, che in una simile ipotesi gli amministratori adottino delle misure difensive¹².

¹¹ Cfr. in merito F.H. EASTERBROOK-D.R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, 1996, p. 92 (trad. it. *L'economia delle società per azioni*, Milano, 1996): «Fiduciary principles contain antitheft directives, constraints on conflict of interests, and other restrictions on the ability of managers to line their own pockets at the expense of investors».

¹² Fra le principali misure difensive elaborate dalla prassi vi sono: a) le clausole statutarie "shark repellent", che mirano a disincentivare le scalate ostili aumentandone i costi o ritardando il momento in cui l'offerente potrà esercitare il controllo dopo aver concluso l'acquisto (per esempio, clausole che limitano il potere dei soci di revocare gli amministratori, che limitano o escludono la possibilità per l'offerente di procedere a operazioni di fusione e o riorganizzazione, che hanno l'effetto di fissare un prezzo al di sotto del quale lo scalatore non può acquistare azioni della società che è stata bersaglio dell'offerta ovvero di favorire un soggetto "amico" che, in caso di scalata, interverrà in difesa degli amministratori in carica; b) gli "shareholder rights plans" o "poison pills", che attribuiscono agli azionisti il diritto di acquistare o sottoscrivere azioni della società oggetto della scalata (o addirittura della stessa società offerente) a condizioni particolarmente vantaggiose, onde impedire che lo scalatore acquisti il controllo della società, e che subordinano l'esercizio del controllo al verificarsi di una condizione sospensiva o "trigger event" (di solito rappresentata dall'acquisto di una data percentuale di azioni della società o dal lancio di un'offerta finalizzata all'acquisto di una certa percentuale di azioni); c) i *golden parachutes* o "change of control employment contracts", ossia accordi stipulati fra la società e gli amministratori che attribuiscono a questi ultimi, in caso di trasferimento del controllo, di rinunciare al proprio incarico o di dare le dimissioni ottenendo una cospicua somma di denaro; d) l'acquisizione di imprese o di aziende (con l'effetto di rendere il successo dell'offerta ostile difficilmente compatibile con la disciplina *antitrust*); e) la tecnica cosiddetta "pac-man" (che consiste nel rispondere a un tentativo di scalata lanciando una contro-offerta sulle azioni della società offerente); f) la ricerca di un "cavaliere bianco" che intervenga tra i due contendenti lanciando un'offerta amichevole sulla società bersaglio; g) le *crown jewel options*, che permettono di rendere meno allettante l'operazione, alie-

Va precisato intanto che nell'ordinamento statunitense non esistono regole di carattere generale sul ricorso a tecniche di difesa da parte degli amministratori di una società oggetto di scalata; i limiti che la discrezionalità di costoro incontra dipende, infatti, «dal contenuto e dall'estensione dei loro doveri fiduciari nei confronti della società e degli azionisti»¹³ (materia, questa, attribuita alla competenza di legislatori e corti statali). Ne consegue che la regolamentazione delle misure difensive è affidata principalmente al diritto giurisprudenziale: ragion per cui si darà conto di una serie di decisioni rese in merito dalle corti dello Stato del Delaware.

Non va dimenticato, peraltro, che, a partire dagli anni Sessanta del Novecento, i diversi legislatori statali hanno emanato una serie di provvedimenti, detti "*anti-takeover statutes*", finalizzati a ostacolare (o comunque a scoraggiare) il lancio di offerte ostili sulle società costituite od operanti nella loro giurisdizione al fine di proteggere gli amministratori in carica dal rischio di una scalata¹⁴. L'obiettivo di fondo era, ovviamente, attrarre nuove imprese; l'economia dello Stato di incorporazione avrebbe così beneficiato delle *franchise taxes*, da un lato, e delle ulteriori esternalità positive (come, per esempio, un notevole incremento nell'attività degli studi legali) che la presenza di numerose società avrebbe generato¹⁵.

nando a un soggetto "amico" o "*white squire*" beni della società (di particolare importanza per lo scalatore) a un prezzo inferiore al loro reale valore. Per ulteriori approfondimenti si v., per tutti, E. DESANA, *Opa e tecniche di difesa. Dalle misure difensive "successive" a quelle "preventive"*, Milano, 2003, p. 127 ss., oltre a M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 505 ss., e la letteratura (italiana e straniera) ivi citata.

¹³ M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 523.

¹⁴ Cfr. J.R. MACEY, *State Anti-Takeover Legislation and the National Economy*, in *Wisconsin L. Rev.*, 1988, p. 467 ss.; A.E. GARFIELD, *Evaluating State Anti-Takeover Legislation: A Broadminded New Approach to Corporation Law or "A Race to the Bottom"?*, in *Columbia Bus. L. Rev.*, 1990, p. 119 ss.; J.H. MATHESON-B.A. OLSON, *Shareholder Rights and Legislation Wrongs: Toward Balanced Takeover Legislation*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 1990-1991, 59, p. 1425 ss.; S.M. BAINBRIDGE, *Redirecting State Takeover Laws at Proxy Contests*, in *Wisconsin L. Rev.*, 1992, 4, p. 1071 ss.

¹⁵ M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 536. Gli *anti-takeover statutes* possono perciò essere considerati come uno dei prodotti della competizione regolamentare tra i diversi Stati, i cui legislatori hanno cercato di superarsi a vicenda nell'approntare l'assetto legislativo più favorevole non solo per gli amministratori responsabili delle decisioni relative al luogo in cui costituire la società (o trasferire la sede sociale), ma anche per gli azionisti che, a fronte di una normativa ritenuta poco

2. *Lo standard di diligenza richiesto agli amministratori in caso di scalata ostile nel diritto giurisprudenziale del Delaware: il rapporto con la business judgment rule e le cosiddette “exculpatory provisions”.*

Stabilire quali siano i criteri di riferimento per valutare se gli amministratori di una società si siano comportati in maniera corretta durante una scalata ostile e, quindi, come debbano essere interpretati i loro doveri fiduciari è questione tutt'altro che semplice per due ragioni.

La prima è che di regola il prezzo dell'offerta è superiore a quello di mercato: sarebbe, quindi, nell'interesse degli azionisti aderire all'offerta; l'impiego di eventuali misure difensive da parte degli amministratori potrebbe, invece, risultare in contrasto con l'interesse sociale, perché dettato dalla volontà di conservare la propria posizione.

La seconda ragione si ricollega a uno dei possibili effetti della resistenza opposta dagli amministratori a un tentativo di scalata, in quanto il ricorso a misure difensive potrebbe indurre il *bidder* ad alzare il prezzo offerto in origine, fino a rendere adeguata un'offerta che si presentava poco allettante perché non congrua al reale valore delle azioni; in una simile ipotesi si potrebbe addirittura sostenere che gli amministratori abbiano il dovere di non subire passivamente il tentativo di acquisire il controllo della società¹⁶.

sensibile ai loro interessi, sarebbero invogliati a cedere le proprie partecipazioni, provocando un calo nel prezzo dei titoli e aumentando il rischio di scalata. Per una più esaustiva e dettagliata ricognizione sul fenomeno della competizione regolamentare nel diritto societario americano cfr. WILLIAM L. CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, in *Yale L. J.*, 1974, 83, p. 663 ss.; R.K. WINTER, *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, in *J. Legal Stud.*, 1977, 6, p. 251 ss.; R. ROMANO, *The State Competition Debate in Corporate Law*, in *Cardozo L. Rev.*, 1987-1988, 8, p. 709 ss.; ID., *The Genius of American Corporate Law*, Washington D.C., 1993; J. COFFEE, JR., *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, in *Columbia L. Rev.*, 1989, 89, p. 1618 ss.; L. BEBCHUK, *Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law*, in *Harvard L. Rev.*, 1992, 105, p. 1435 ss.; J.E. FISCH, *The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters*, in *U. Cin. L. Rev.*, 2000, 68, p. 1061 ss.

¹⁶ Cfr. L.A. BIANCHI, *Le tecniche di difesa dalle scalate nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 520 ss.; M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 525.

Prima di illustrare le soluzioni prospettate in merito dalla giurisprudenza sono però necessarie alcune puntualizzazioni.

Innanzitutto va ricordato che anche il canone della *business judgment rule* non è stato formalizzato a livello legislativo: la sua elaborazione si deve (nello Stato del Delaware come altrove), di nuovo, alla giurisprudenza e alla dottrina, con formulazioni, peraltro, non sempre coincidenti fra loro.

È fin troppo noto che la *business judgment rule*, anche nel diritto societario italiano, «rappresenta una formula sintetica per enfatizzare un'esigenza di fondo, pacificamente condivisa e, del resto, difficilmente contestabile: occorre evitare che gli amministratori vengano giudicati responsabili solo perché la loro attività di gestione ha determinato dei risultati negativi per il patrimonio sociale, altrimenti il loro compito – che richiede di effettuare atti e scelte ineludibilmente rischiosi – verrebbe snaturato e si otterrebbe l'effetto di scoraggiare in partenza l'assunzione di incarichi e di rischi in realtà meritevoli di intrapresa»¹⁷. È ovvio, però, che la necessità di rispettare la discrezionalità propria dell'attività di gestione non può prevalere su quella di mantenere una responsabilità in capo a chi la svolge¹⁸.

¹⁷ Così D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, p. 207. Non va però dimenticato – osserva C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, *cit.*, p. 686 – che nei sistemi di *common law*, dove più accentuato è il ruolo del giudice, la questione è stata impostata soprattutto «sul piano della ricerca di limiti al suo apprezzamento», in moda da delinare «una forma di *judicial restraint*»; il che spiega per quale motivo nella dottrina statunitense si dibatta «non solo e non tanto dei criteri sostanziale per la valutazione del comportamento degli amministratori nelle scelte imprenditoriali, quanto di una *business judgment rule* che a tale valutazione pone limiti».

¹⁸ Per una rigorosa ed esaustiva riflessione sul conflitto fra queste due istanze di fondo si segnala, per tutti, a S.M. BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *cit.*, p. 102 ss. In ogni caso nella giurisprudenza italiana (di legittimità come di merito) l'insindacabilità delle scelte gestionali compiute dagli amministratori sembra essere un principio ormai consolidato: posto che sugli amministratori non grava l'obbligo di agire con perizia e, soprattutto, di assicurare alla società il successo economico o di gestirla senza errori, al giudice investito di un'azione sociale di responsabilità non è consentito sindacare *ex post* il merito e l'opportunità di decisioni che siano state compiute nel pieno rispetto dell'obbligo di amministrare con diligenza (nella nuova accezione recepita dal legislatore dettando l'art. 2392 c.c.), ma soltanto sanzionare gli amministratori che abbiano tenuto una condotta, per l'appunto, negligente, o addirittura irrazionale, e qualificabile come dannosa sulla base di un giudizio *ex ante*. Se così non fosse, infatti, l'ingerenza dell'autorità giudiziaria potrebbe incidere negativamente sull'efficienza dell'attività gestoria: come ha ben messo in luce C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 683 ss., la «natura dell'incarico»

Nel diritto giurisprudenziale del Delaware il principio che informa la *business judgment rule* è stato sintetizzato in una pronuncia che a tutt'oggi rappresenta il principale (sebbene non esclusivo) punto di riferimento e che ha contribuito non poco a dirimere contrasti e incertezze: in un passo la *business judgment rule* viene definita come «a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company. [...] Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption»¹⁹.

Da questa definizione si ricava, dunque, che gli amministratori possono essere considerati responsabili solo qualora vengano dimostrati comportamenti che contrastano con i profili oggetto di presunzione, ossia i presupposti fondativi del *duty of loyalty*: una condotta in buona fede e l'assenza di un consapevole contrasto con la società. In altre parole, la preoccupazione di evitare una revisione, in sede giudiziale, delle scelte compiute dagli amministratori deve essere accantonata «laddove si riscontrino dubbi sulla correttezza e lealtà delle inten-

affidato all'amministratore di società per azioni consiste nel compiere «scelte imprenditoriali che, in quanto operate in un regime di incertezza, contengono per ciò stesso un elemento di rischio»; sicché, per definire il regime della sua responsabilità, è necessario trovare un equilibrio fra due esigenze: da un lato, trovare una soluzione a quelli che la moderna macroeconomia chiama *agency problems* (ossia «i problemi che si pongono nell'ipotesi di gestione d'interessi altrui e che richiedono per essere risolti misure idonee ad indurre l'allineamento degli interessi di chi agisce con quelli gestiti»); dall'altro lato, non impedire (ma piuttosto agevolare) un «funzionale svolgimento dell'attività imprenditoriale» aumentando i rischi personali che già incombono sull'amministratore. Per un riepilogo si v. *ex multis* Cass., 6 marzo 1970, n. 558, in *Foro it.*, 1970, 1727; Cass., 21 marzo 1974, n. 970, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 509; Cass., 27 luglio 1978, n. 3768, *ivi*, 1980, II, p. 904; Cass., 16 gennaio 1982, n. 280, in *Fallimento*, 1982, p. 664; Cass., 22 giugno 1990, n. 6278, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2265; Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Società*, 1997, 1389; Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, *ivi*, 2004, p. 1517; App. Milano, 27 aprile 1982, in *Società*, 1983, p. 27; App. Genova, 5 luglio 1986, in *Giur. comm.*, 187, II, p. 730; App. Napoli, 26 novembre 1990, in *Società*, 1991, p. 1050; App. Milano, 14 ottobre 1994, in *Società*, 1995, p. 390; Trib. Milano, 1° dicembre 1988, in *Società*, 1989, p. 173; Trib. Milano, 10 febbraio 2000, *ivi*, 2001, II, p. 326; Trib. Palermo, 13 marzo 2008, *ivi*, p. 121, con nota di M. CORDOPATRI, *op. cit.*; Trib. Roma, 28 settembre 2015, consultabile su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

¹⁹ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 ss., 812 (Del. 1984). Si richiamano a questo principio *Gantler v. Stephens*, 965 A.2d 695 ss., 705 s. (Del. 2009); *Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp.*, 28 A.3d 442 ss., 457 (Del. Ch. 2011).

zioni che hanno determinato quelle azioni, poiché si tratta di premesse necessarie, la cui mancanza vizia qualsiasi esercizio di discrezionalità ne possa discendere»²⁰.

Un profilo assai problematico della *business judgment rule* attiene, invece, come si vedrà, il riferimento all'obbligo degli amministratori di agire in modo informato²¹, il quale richiama a sua volta il *duty of care*. È, infatti, il rapporto fra la *business judgment rule* e il *duty of care* a costituire tuttora argomento di discussione nella letteratura giuridica statunitense: ci si domanda, in sintesi, se la *business judgment rule* impedisca di valutare la condotta degli amministratori applicando lo *standard of care* ovvero se la presunzione su cui la *business judgment rule* si fonda possa venir meno ogniqualvolta possa loro imputarsi un comportamento negligente (anche circoscritto al processo decisionale).

Molte critiche ricevette quella che ad oggi risulta essere solo la più importante sentenza sul tema, ma forse la più importante sentenza di tutto il diritto societario statunitense: si tratta, ovviamente, di *Smith v. Van Gorkom*²², che,

²⁰ D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 208. Sul punto si v. anche quanto stabilito da *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701 ss., 710 (Del. 1983): «there is no “safe harbor” for... divided loyalties in Delaware». In verità un sindacato retrospettivo sull'operato degli amministratori potrebbe condurre a esiti controvertibili nell'ipotesi in cui a costoro vengano contestati comportamenti di tipo omissivo; onde scongiurare questo rischio – ricorda ancora D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 208 s. e n. 8 – la giurisprudenza ha adottato da tempo un criterio, ricalcato sulla *business judgment rule*, in base al quale la responsabilità degli amministratori può ravvisarsi solo in presenza di comportamenti da cui traspaia una mancanza di buona fede e che, quindi, configurino una palese violazione del *duty of loyalty*: il riferimento è, infatti, di solito ad atti qualificati come «sustained or systematic failure to exercise oversight» o «conscious disregard for their responsibilities», quali «an obligation to be reasonably informed about the business and its risks» o «the duty to monitor and oversee the business». Le citazioni sono tratte da *In re Citigroup Inc. Shareholder Litigation*, 964 A.2d 121 ss. (Del. Ch. 2009), ma in tema si v. anche *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company*, 188 A.2d 125 ss. (Del. 1963); *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 ss. (Del. Ch. 1996); *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 ss. (Del. 2006); *In re The Goldman Sachs Group, Inc. Shareholder Litigation*, 2011 WL 4826104, 18 ss. (Del. Ch. 2011).

²¹ A questo proposito si registra un contrasto fra pronunce che alludono in termini più generali alla possibilità, per chi agisce in giudizio, di superare una «presumption that the Board acted... with due care» e altre che, per ribaltare questa presunzione, ammettono esclusivamente la dimostrazione che gli amministratori abbiano compiuto scelte gestorie in conflitto di interessi o in mala fede: per il primo di detti orientamenti cfr. *In re Synthes, Inc. Shareholder Litigation*, 50 A.3d 1022 ss., 1033 (Del. Ch. 2012); propone, invece, una soluzione più restrittiva *Gagliardi v. Trifoods International, Inc.*, 683 A.2d 1049 ss., 1051 s. (Del. Ch. 1996).

²² *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 ss. (Del. 1985).

com'è noto, fu la prima pronuncia resa da un corte dello Stato del Delaware a censurare, nell'ambito di un'azione di responsabilità, l'attività di un *board of directors*. A dire il vero, la dottrina manifestò il proprio dissenso²³ non tanto in relazione ai principi di diritto sanciti nella sentenza (peraltro mai superati da successive pronunce²⁴), quanto piuttosto alla valutazione che la Corte diede dei fatti di causa richiamando quei principi (i quali, oltre a essere riproposti dalla giurisprudenza odierna²⁵, «semplicemente riprendevano e sviluppavano in alcune logiche applicazioni gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza precedente in tema di *business judgment rule*»²⁶).

Ciò che preme rilevare, però, è che, in seguito al caso appena menzionato, il legislatore dello Stato del Delaware si affrettò ad adottare una disposizione con cui venne riconosciuta alle società costituite in quella giurisdizione la possibilità di inserire nel proprio statuto una cosiddetta *exculpatory provision*, ossia una clausola in forza della quale è consentito limitare o escludere la responsabilità patrimoniale degli amministratori nei confronti della società o dei suoi azionisti per eventuali, future violazioni del *duty of care*²⁷. E non ci volle molto

²³ Cfr. in particolare D.R. FISCHER, *The Business Judgment Rule and The Trans Union Case*, *Bus. Law.*, 1985, 40, p. 1455 (che arriva a definire la sentenza «one of the worst decisions in the history of corporate law»); J.R. MACEY-G.P. MILLER, *Trans Union Reconsidered*, *Yale L.J.*, 1988-89, 98, p. 131 («the outcome of the case was exactly the opposite to what virtually every observer of Delaware law would have predicted»); F.S. MCCHESENEY, *A Bird in the Hand and Liability in the Bush: Why Van Gorkom Still Rankles, Probably*, *Nw. U. L. Rev.*, 2001-2002, 96, p. 631 ss.; L.A. HAMER-MESH, *Why I Do Not Teach Van Gorkom*, *Ga. L. Rev.*, 2000, 34, p. 477; W.T. ALLEN-J.B. JACOBS-L.E. STRINE, *Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and Its Progeny as a Standard of Review Problem*, *Nw U. L. Rev.*, 2002, 96, p. 458-460.

²⁴ Se si eccettua *Gantler v. Stephens, cit.*, che però si distacca da *Smith v. Van Gorkom* in relazione a un profilo non influente sull'esito di questa decisione.

²⁵ Si v. *supra*, n. 17.

²⁶ D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 211

²⁷ Si allude alla nota § 102 (b)(7) della Delaware General Corporation Law, che dispone quanto segue: «[In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters:] [...] A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an

tempo prima che la medesima disposizione venisse introdotta anche in altri Stati²⁸.

Va precisato, poi, che, prima del 1985 (l'anno in cui intervenne la prima sentenza che affrontava il problema delle misure difensive in caso di scalata), le corti statunitensi sostenevano la tesi secondo cui la scelta da parte degli amministratori di adottare tecniche volte a contrastare un'offerta pubblica di acquisto fosse coperta dalla *business judgment rule* e, quindi, dalla presunzione che gli amministratori agiscano con la specifica diligenza loro richiesta e nel miglior interesse della società. Il che, in pratica, significava «consentire agli amministratori l'impiego di ogni difesa possibile in base al diritto societario, circoscrivendo le ipotesi di illiceità ai soli casi di manifesta e grave violazione dei propri doveri di diligenza e correttezza: non si imponevano, in altre parole, limiti "interni" al ricorso a tecniche di difesa»²⁹.

Al contrario, parte della dottrina sosteneva che, in caso di scalata, la discrezionalità di cui gli amministratori godono nel gestire la società dovesse essere in qualche modo limitata, fino ad affermare la necessità di impedire il ricorso a qualsiasi strategia di difesa (una sorta di «*absolute passivity rule*»), per via del fisiologico conflitto fra l'interesse dei soci e quello degli amministratori che caratterizzerebbe la posizione di questi ultimi in pendenza di un'offerta pubblica di acquisto: mentre i soci sono interessati a vendere le azioni a un prezzo non inferiore al reale valore della società (ed eventualmente al prezzo più alto pos-

improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title».

²⁸ Cfr. al riguardo M. BRADLEY-C.A. SCHIPANI, *The Relevance of the Duty of Care Standard in Corporate Governance*, in *Iowa L. Rev.*, 1989-90, 75, p. 62; R. ROMANO, *Corporate Governance in the Aftermath of the Insurance Crisis*, *Emory L.J.*, 1990, 39, p. 1160 s.; L.A. HAMERMESH, *op. cit.*, p. 490, n. 47 e 48, e 497.

²⁹ M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 526.

sibile), gli amministratori sono interessati a respingere l'offerta al fine di mantenere il loro incarico³⁰.

Date queste premesse è possibile, ora, illustrare come la questione relativa alla discrezionalità degli amministratori nella predisposizione e attuazione di misure difensive a fronte di una scalata è stata sviluppata nel diritto giurisprudenziale del Delaware.

Con la prima delle decisioni assunte in materia, nel caso *Unocal Corporation v. Mesa Petroleum*³¹, la Suprema Corte del Delaware scelse una soluzione di compromesso fra l'assoluta libertà di adottare misure difensive e la rigidità della *passivity rule*. I giudici ritennero, infatti, che la presunzione di correttezza su cui si regge la *business judgment rule* non potesse trovare applicazione in un contesto come quello di un'offerta pubblica di acquisto, per via del conflitto di interessi fra soci e amministratori (di cui si è già detto) che tende a manifestarsi in un simile frangente. Allo stesso tempo, i giudici esclusero che potessero considerarsi lecite le sole misure difensive adottate in base al criterio della *entire fairness* (imposto dall'applicazione del *duty of loyalty*³²): sia perché gli amministratori potrebbero non subire alcun pregiudizio ove la scalata riuscisse, sia perché un'eventuale strategia difensiva potrebbe avere un effetto positivo, cioè aumentare i corsi azionari.

Per valutare la correttezza dell'operato degli amministratori in presenza di un'offerta pubblica di acquisto serviva, in parole povere, individuare un cri-

³⁰ Cfr. F.H. EASTERBROOK-D.R. FISCHER, *The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer*, in *Harv. L. Rev.*, 1981, 94, p. 1161 ss.; ID., *Auctions and Sunk Costs in Tender Offers*, in *Stan. L. Rev.*, 1982, 355, p. 1 ss.; ID., *Corporate Control Transactions*, in *Yale L. J.*, 1982, 91, p. 698 ss. In senso sostanzialmente analogo R.J. GILSON, *A Structural Approach to Corporations: The Case against Defensive Tactics in Tender Offers*, in *Stan. L. Rev.*, 1981, 33, p. 819 ss.; ID., *Seeking Competitive Bids versus Pure Passivity in Tender Offer Defense*, in *Stan. L. Rev.*, 1982, 35, p. 51 ss.; L. BEBCHUK, *The Case for Facilitating Competing Tender Offers*, in *Harv. L. Rev.*, 1982, 95, p. 1028 ss.; ID., *The Case for Facilitating Competing Tender Offers: A Reply and Extension*, in *Stan. L. Rev.*, 1982, 35, p. 23 ss.

³¹ *Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

³² Che, come si è avuto modo di spiegare, impone una ben precisa linea di condotta agli amministratori che operino in una situazione di potenziale conflitto di interessi con i soci.

terio che rappresentasse una sorta di “via di mezzo” fra due estremi, cioè più severo della *business judgment rule* ma meno rigido della *entire fairness*³³.

Ebbene, con la sentenza in questione la Suprema Corte del Delaware apportò due sostanziali innovazioni: in primo luogo, i giudici arrivarono a stabilire che l'onere della prova non spetta più all'attore, bensì agli amministratori convenuti in giudizio; in secondo luogo (ed è questa la novità più dirompente), venne introdotto il criterio della proporzionalità per le misure difensive adottate per contrastare un'offerta pubblica di acquisto, sicché gli amministratori eventualmente chiamati a rispondere di resistenza illegittima a un tentativo di scalata, per accedere alla protezione offerta dalla *business judgment rule*, dovrebbero dimostrare di aver agito su «ragionevoli basi», nel fondato timore che l'offerta si risolva in un «pregiudizio» o una «minaccia» per la società e i soci, predisponendo azioni difensive «proporzionali» a questo pregiudizio o a questa minaccia³⁴.

Dal punto di vista strettamente pratico, tuttavia, l'impatto di questa sentenza fu molto ridimensionato: da un lato, la giurisprudenza continuò a ritenere legittima l'adozione di qualsiasi misura difensiva, fatta eccezione per le ipotesi in cui agli amministratori potesse essere imputata una violazione macroscopica dei propri doveri di diligenza e fedeltà; dall'altro lato, diverse pronunce successive contribuirono ad attenuarne la portata.

Nello stesso anno, tuttavia, intervenne una seconda importante pronuncia: si tratta, ovviamente, di *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*³⁵, con cui la Suprema Corte del Delaware arrivò a sancire in capo agli amministra-

³³ Cfr. anche i rilievi di M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 528.

³⁴ L'esempio che porta al riguardo M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 258 s., è quello una strategia difensiva volta a contrastare l'offerta di uno scalatore che, indebitatosi per acquistare il controllo della società, ove l'offerta avesse avuto successo, non sarebbe stato in grado di sostenere il tasso di sviluppo tecnologico del settore con adeguati investimenti: in un'ipotesi del genere, gli amministratori avrebbero dovuto dimostrare che «l'implementazione delle difese non avrebbe posto la società nella stessa precaria situazione finanziaria alla quale l'avrebbe esposta il buon esito dell'offerta».

³⁵ *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1985). Per un puntuale e rigoroso esame dell'eredità di questa sentenza si v. S.M. BAINBRIDGE, *The Geography of Revlon-Land*, in *Fordham L. Rev.*, 2012-2013, 81, p. 3277 ss.

tori l'obbligo di ottenere il più alto corrispettivo possibile per gli azionisti in caso di trasferimento del controllo. Per la precisione, gli amministratori, in conformità al principio così statuito, sarebbero legittimati ad adottare misure difensive fintanto che l'esito della scalata rimanga incerto e, quindi, sino a quando sia giustificabile il sospetto che l'operazione potrebbe tradursi in un danno (per la società o per i singoli soci); al contrario, quando il successo dell'operazione dovesse apparire certo e il trasferimento del controllo inevitabile, i doveri degli amministratori dovrebbero essere in qualche modo ridefiniti: poiché una resistenza protratta oltre ogni ragionevole limite non produrrebbe altro effetto se non impoverire il patrimonio della società (che verrebbe impiegato per evitare un esito ormai scontato), gli amministratori dovrebbero rinunciare a ogni strategia difensiva e negoziare il trasferimento del controllo alle migliori condizioni possibili.

Dal combinato disposto dei principi espressi dalla due sentenze appena menzionate si ricava, dunque, che, sebbene gli amministratori possano (e, anzi, in alcuni casi debbano) opporsi a un tentativo di scalata potenzialmente pregiudizievole, purché lo facciano su basi ragionevoli e adottando misure difensive proporzionali alla minaccia che incombe sulla società, qualora dette misure divengano inutili, il loro compito non è più quello di preservare gli assetti proprietari della società e il suo patrimonio, ma di massimizzare il valore della società stessa a beneficio degli azionisti, affinché questi possano trarre dalla cessione del controllo il maggior profitto possibile.

In questo contesto si inseriscono tre successive pronunce che, come si anticipava, consentirono di interpretare le regole poste da *Unocal* e da *Revlon* in una nuova chiave.

Con la prima di dette pronunce, ossia *Paramount Communications, Inc. v. Time Incorporated*³⁶, sembrò registrarsi, in verità, un arretramento rispetto a *Unocal*.

³⁶ *Paramount Communications, Inc. v. Time Incorporated*, 571 A.2d 1140 (Del. 1989).

In primo luogo, la Suprema Corte del Delaware affermò che, per valutare se un'offerta non amichevole possa costituire un danno o una minaccia per i soci e, dunque, legittimare il ricorso a misure difensive, non sarebbe sufficiente un mero confronto matematico fra il corrispettivo offerto e quello che gli amministratori ritengono sia il reale valore di mercato delle azioni: nel compiere questa verifica, gli amministratori dovrebbero tenere conto di altri fattori (fra i quali gli obiettivi di investimento degli azionisti) e godrebbero, quindi, di una discrezionalità più ampia protetta dalla *business judgment rule*.

In secondo luogo, la Suprema Corte del Delaware stabilì che le misure difensive predisposte dagli amministratori a fronte di un'offerta pubblica di acquisto devono considerarsi proporzionate quando non impediscano del tutto il perseguimento degli obiettivi dell'offerta, spostando così il giudizio di proporzionalità dal piano degli effetti che le misure difensive hanno sulla società bersaglio a quello degli effetti che esse hanno nei confronti del soggetto offerente e della contendibilità del controllo.

Parve, in conclusione, che i giudici avessero rivisto in parte il proprio orientamento, tornando ad attribuire agli amministratori la discrezionalità che è propria delle loro mansioni.

Con una seconda sentenza, ossia *Paramount Communications Inc. v. QVC Network Inc.*³⁷, la Suprema Corte, invece, si pronunciò in merito al principio sancito nel caso *Revlon*, affermando che, nel caso in cui l'offerta vada a buon fine e il nuovo socio di controllo ottenga una partecipazione tale da consentirgli di estromettere gli azionisti di minoranza attraverso una c.d. "cash-out merger" (ossia una fusione nella quale agli azionisti di una delle società coinvolte non vengono assegnate azioni ma denaro, con l'eventuale perdita della qualità di soci), gli amministratori, nel rispetto dei loro doveri fiduciari, sono tenuti ad attivarsi affinché l'offerente riconosca agli azionisti un "premio di controllo" o acconsenta a introdurre nello statuto una o più clausole finalizzate a tutelare la posizione

³⁷ *Paramount Communications Inc. v. QVC Network Inc.*, 637 A.2d 34 (Del. 1994).

dei futuri soci di minoranza (come, per esempio, la previsione di *quorum* assembleari che attribuiscono loro un diritto di veto).

Infine, con la sentenza emessa un anno dopo nel caso *Unitrin v. American General Corp.*³⁸, la Suprema Corte tornò a ribadire, il linea con l'orientamento già espresso in precedenza, l'ampio margine di discrezionalità lasciato agli amministratori nel contrastare un'offerta pubblica di acquisto. Nel caso di specie, era stata contestata la validità di una delibera del consiglio di amministrazione della Unitrin, con cui la società aveva manifestato la volontà di acquistare azioni proprie, innalzando così la relativa quota dal 23 al 28%: la decisione avrebbe, infatti, vanificato la scalata della American General Corp., finalizzata a una successiva fusione che, secondo lo statuto della Unitrin, avrebbe dovuto essere approvata con un *quorum* pari al 75% del capitale. Se, in primo grado, la Court of Chancery sostenne, sulla base della regola sancita da *Unocal*, che la misura difensiva così predisposta era del tutto sproporzionata rispetto alla minaccia posta dall'offerta della American General Corp. e, dunque, che la delibera doveva considerarsi illecita, la Suprema Corte, riformando la sentenza, stabilì, al contrario, che non fossero illegittime le misure difensive contenute in quello che i giudici definirono un «*range of reasonableness*».

Questa breve rassegna ha permesso, se non altro, di tracciare le linee evolutive della giurisprudenza statunitense in tema di misure difensive volte a ostacolare un'offerta pubblica di acquisto e di illustrare, in rapporto con la *business judgment rule*, i criteri elaborati dai giudici per valutare l'operato degli amministratori che scelgano di adottare dette misure. Si è così potuto constatare che, dopo il tentativo, riconducibile alla decisione resa nel caso *Unocal*, di elaborare uno standard più severo della *business judgment rule*, la tendenza sia stata quella di optare per un regime molto più favorevole agli amministratori³⁹, la cui discrezionalità, peraltro, dato il grande numero di *public companies* che operano

³⁸ *Unitrin v. American General Corp.*, 651 A.2d 1361 (Del. 1995).

³⁹ In Italia ravvisavano questa tendenza già L.A. BIANCHI, *Recenti pronunce negli Usa sulle tattiche di difesa dalle scalate*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 629 s. e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 535.

sul mercato statunitense, trova il suo contraltare in assetti proprietari notevolmente frazionati che garantiscono la contendibilità del controllo⁴⁰.

In merito ai doveri fiduciari degli amministratori, sarebbe opportuno soffermarsi ora, sia pure concisamente, sugli interrogativi che in giurisprudenza e in dottrina ha sollevato il c.d. “*duty of good faith*”.

3. Spunti ricostruttivi sul *duty of good faith*.

Si è detto che il *duty of loyalty* ricomprende l’obbligo per gli amministratori di agire in buona fede.

Più precisamente, la buona fede nel diritto societario è stata storicamente associata – lo si è già spiegato – all’idea che gli amministratori debbano svolgere il loro incarico e adempiere ai loro doveri con onestà⁴¹. L’urgenza di esplicitare il significato di tale nozione, allo scopo di definire i suoi possibili risvolti pratici, è stata però avvertita soltanto a partire dal 1986, ossia da quando la *Delaware General Corporation Law* fu emendata, come si accennava, per concedere alle società con sede in quella giurisdizione la possibilità di includere nello statuto una *exculpatory provision* a favore degli amministratori. Fu subito abbastanza chiaro, tuttavia, che questi ultimi non avrebbero mai potuto essere esonerati dalla responsabilità che derivasse da violazioni del *duty of loyalty* ovvero da atti e omissioni imputabili alla mancanza, per l’appunto, di buona fede⁴².

Sulla base di questi presupposti, la Suprema Corte del Delaware fu indotta a qualificare il *duty of good faith* come un dovere fiduciario dotato, almeno

⁴⁰ Come rileva ancora M. VENTORUZZO, *op. loc. cit.*

⁴¹ Per questo rilievo cfr. C.M. BRUNER, *Good faith in Revlon-Land*, *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 2010-2011, 55, p. 582. L’etimologia del concetto di buona fede è ben illustrata (sottolineando, inoltre, la stretta connessione linguistica con la nozione di *loyalty*) da L.E. STRINE, JR.-L.A. HAMERMESH-R.F. BALOTTI-J.M. GORRIS, *Loyalty’s Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, in *Geo. L. J.*, 2009-2010, 98, p. 644 ss.

⁴² C.M. BRUNER, *op. cit.*, p. 583.

nel diritto societario di quello Stato, di una sua autonoma rilevanza⁴³. Ma questa tesi fu aspramente criticata dalla Court of Chancery, che non mancò di evidenziare la ridondanza concettuale che viziava questa scelta interpretativa⁴⁴.

Fu con la decisione resa nel caso *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*⁴⁵ che la Suprema Corte precisò meglio il proprio orientamento: senza richiamare esplicitamente la tripartizione fra *duty of care*, *duty of loyalty* e *duty of good faith*, la Corte stabilì, in primo luogo, che una scelta gestoria manifestamente contraria a diligenza, ma compiuta senza la volontà di recare danno alla società, non potesse essere considerata una violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, dato che la disciplina sulle *exculpatory provisions* distingue espressamente le due ipotesi; in secondo luogo, la Corte formulò una definizione di condotta contraria a buona fede che non avrebbe mai potuto essere coperta da una statutaria clausola di esonero, affermando che gli amministratori dovrebbero comunque rispondere del loro operato e degli atti compiuti nel caso in cui abdicassero intenzionalmente ai propri doveri o li trascurassero consapevolmente. Il riferimento a una violazione "intenzionale" e "consapevole" parve così tradursi nell'imposizione di uno standard di diligenza meno severo, idoneo a respingere anche richieste di risarcimento per scelte gestorie avventate o spericolate⁴⁶. Ciò nondimeno, la Suprema Corte specificò che un amministratore non potrebbe beneficiare della protezione offerta da una clausola statutaria di esonero nell'ipotesi in cui fosse accertata la sua responsabilità in conseguenza di

⁴³ Si v. *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (Del. 1993), in cui si afferma che «to rebut the [business judgment] rule, a shareholder plaintiff assumes the burden of providing evidence that directors, in reaching their challenged decision, breached any one of the *triads* of their fiduciary duty – good faith, loyalty or due care» (il corsivo è aggiunto).

⁴⁴ Cfr. *Nagy v. Bistricher*, 770 A.2d 43 (Del Ch. 2000), in cui si obietta che un amministratore non potrebbe «simultaneously act in bad faith and loyally towards the corporation and its stockholders», mentre *Guttman v. Huang*, 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003) critica la separazione del *duty of loyalty* «from its own essence» così come la stessa section 102(b)(7) che, nella visione della Court of Chancery, non avrebbe prodotto altro risultato se non rendere più nebulosa la definizione di detto dovere fiduciario, elencando una serie di eccezioni, non coperte dalla previsione in esame, che, in buona sostanza, corrisponderebbero proprio a violazioni del *duty of loyalty*.

⁴⁵ *In Re Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 906 A.2d 27 (Del. 2006).

⁴⁶ Si esprimono in questi termini H.A. SALE, *Delaware's Good Faith*, in *Cornell L. Rev.*, 2004, 89, p. 488 ss.; C.M. BRUNER, *op. cit.*, p. 584.

una scelta gestoria compiuta non in buona fede e in presenza di un conflitto di interessi di natura non economica.

Il principio di diritto espresso nel caso *Disney* fu in parte superato da una successiva pronuncia, l'altrettanto celebre *Stone v. Ritter*⁴⁷, con cui la Suprema Corte del Delaware statuì che il *duty of good faith* è una componente accessoria del *duty of loyalty*, senza tuttavia precisare come questo concetto dovrebbe essere declinato nella pratica⁴⁸. La sostanziale novità di questa pronuncia, però, è da rinvenire nel tentativo dei giudici di puntualizzare come lo standard delineato nel caso *Disney* possa essere applicato in circostanze diverse da quelle che gli amministratori si trovano a fronteggiare nel fisiologico svolgimento delle loro mansioni: nella sentenza si legge, infatti, che «the lack of good faith» equivale a un «sustained or systematic failure of the board to exercise oversight – such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists»⁴⁹. E poco tempo dopo, la stessa Suprema Corte fu chiamata ad applicare questo criterio a una fattispecie molto simile a quella che l'aveva occupata nel caso *Revolon*.

Il caso portato all'attenzione dei giudici riguardava una fusione che vedeva coinvolta la Lyondell Chemical Company: in particolare, gli azionisti della suddetta società avevano promosso una *class action*, lamentando non solo che l'operazione fosse viziata da un conflitto di interessi in cui versavano gli amministratori della Lyondell, ma che l'operato di costoro fosse stato improntato a una scarsa trasparenza informativa nei confronti della proprietà azionaria e, infine, che gli amministratori avessero mancato di conformarsi all'obbligo sancito proprio nel caso *Revolon*, cioè non si fossero attivati al fine di massimizzare il valore della società a beneficio degli azionisti. In via di estrema sintesi, se questi

⁴⁷ Si tratta di *Stone ex rel. AmSouth Bancorp. v. Ritter*, 911 A.2d 362.

⁴⁸ A.S. GOLD, *A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty*, in *Md. L. Rev.*, 2007, 66, p. 401, secondo cui «[D]efining good faith does not resolve its place in litigation»; C.M. BRUNER, *op. cit.*, p. 584.

⁴⁹ La Corte richiamò su questo punto il principio già enunciato in un precedente provvedimento della Court of Chancery, ossia *In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, 968 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

ultimi fossero riusciti a dimostrare che gli amministratori non avevano operato in buona fede, la clausola di esonero introdotta nello statuto della Lyondell avrebbe potuto essere superata.

Così non fu, in quanto la Suprema Corte, optando per un'interpretazione più restrittiva dei criteri già fissati nei suoi precedenti come in quelli della Court of Chancery, ritenne di poter affermare che, ogniqualvolta la società sia parte di un'operazione commerciale, il problema diviene stabilire se gli amministratori «utterly failed to attempt to obtain the best sale price»⁵⁰. E la soluzione che la Suprema Corte diede in merito, almeno nel caso in esame, fu, come si è potuto intuire, in senso negativo. Il che ha portato una parte della dottrina a concludere che l'orientamento espresso in quest'ultimo provvedimento abbia compromesso in misura sensibile – se non del tutto precluso – la possibilità di far valere nei confronti degli amministratori una pretesa risarcitoria per violazione del *duty of good faith* e, inoltre, che una simile violazione potrebbe essere riscontrata solo laddove gli amministratori restassero completamente inerti quando, al contrario, sarebbe loro dovere attivarsi⁵¹.

Sotto questo profilo, va segnalato che i restrittivi parametri formulati nel caso *Disney* (in base al quale, come si è visto, si esige che l'amministratore abbia volontariamente e deliberatamente abdicato ai propri doveri) erano stati accolti con favore da alcuni commentatori, secondo cui l'applicazione di requisiti diversi e meno rigorosi (facendo riferimento, per esempio, all'imprudenza) avrebbe condotto, nella prassi, a esiti che sia la *business judgment rule* sia la disciplina in tema di *exculpatory provisions* mirano a prevenire: forte era il timore che si potesse giungere a dichiarare responsabili gli amministratori per scelte gestorie compiute con negligenza anche lieve⁵².

⁵⁰ *Lyondell Chem. Co. v. Ryan*, 970 A.2d 235 (Del. 2009).

⁵¹ Cfr., per esempio, A.S. GOLD, *The New Concept of Loyalty in Corporate Law*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 2009-2010, 43, p. 501 s.; A.C.W. LUND, *Opting out of Good Faith*, *Fla. St. U. L. Rev.*, 2009-2010, 37, p. 438 ss.

⁵² C.M. BRUNER, *Good Faith, State of Mind, and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2006, 41, p. 1180 s. In senso analogo W.T. ALLEN-J.B. JACOBS-L.E.

Si è, quindi, osservato che il principio di diritto formulato nel caso *Lyon-dell*, esteso al settore delle acquisizioni societarie, non impedirebbe di perseguire la condotta di un amministratore caratterizzata dall'assenza di buona fede, se si dovesse accertare che quell'amministratore, tralasciando il dovere di ottenere il prezzo più alto per gli azionisti, si sia invece attivato per ottenere vantaggi di diverso tipo, a suo esclusivo beneficio, e dunque, nell'ipotesi in cui dal suo operato traspaia una totale mancanza di impegno nell'adempiere ai suoi obblighi⁵³.

Più in generale, si può concludere che la creazione per via giurisprudenziale di un autonomo dovere fiduciario come il *duty of good faith* nascondesse il tentativo di disapplicare le norme dettate dalla *Delaware General Corporation Law* in tema di *exculpatory provisions* al fine di dichiarare responsabili amministratori che in una determinata operazione non abbiano interessi di natura economica diversi da quelli della società e che, tuttavia, abbiano gestito quella stessa operazione secondo modalità ritenute non ottimali e, in ogni caso, non conformi all'interesse della società e ai loro doveri.

In questa prospettiva si è osservato che la decisione resa nel caso *Stone v. Ritter* acquista a posteriori, almeno per il diritto societario del Delaware, un valore aggiunto, dato dalla chiarezza con cui la Suprema Corte ha voluto specificare che il *duty of good faith* è una componente accessoria del *duty of loyalty* e che, di conseguenza, occorre distinguere fra l'ipotesi in cui uno o più amministratori siano chiamati a rispondere perché non hanno agito in buona fede dalla diversa ipotesi in cui essi abbiano agito violando il *duty of care*. Così argomentando, la Suprema Corte non avrebbe voluto, insomma, affatto sminuire il ruolo del concetto di buona fede, che storicamente ha consentito di definire l'estensione del

STRINE, *op. cit.*, p. 449; S.J. GRIFFITH, *Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence*, in *Duke L.J.*, 2005, 55, p. 29 ss.; S.M. BAINBRIDGE-S. LOPEZ-B. OKLAN, *The Convergence of Good Faith and Oversight*, in *UCLA L. Rev.*, 2007-2008, 55, p. 571. Secondo L.E. STRINE, JR.-L.A. HAMERMESH-R.F. BALOTTI-J.M. GORRIS, *op. cit.*, p. 693 vi sarebbe perciò un nesso fra le sentenze emesse nel caso *Disney* e nel caso *Stone v. Ritter*, giacché con quest'ultima pronuncia la Suprema Corte del Delaware avrebbe inteso stabilire che gli amministratori non possono essere considerati responsabili per scelte gestorie imputabili a grave ed evidente negligenza, ma tutt'al più per non aver operato in buona fede.

⁵³ C.M. BRUNER, *Good Faith in Revlon-Land*, *cit.*, p. 590 s.

duty of loyalty, bensì ripristinarlo, riaffermando, da un lato, il tradizionale collegamento con tale dovere fiduciario e, dall'altro, elaborando un autonomo parametro di giudizio diretto a vagliare l'operato degli amministratori da un punto di vista soggettivo⁵⁴.

4. Il rapporto fra la *business judgment rule* e il *duty of care*.

Com'è noto, le ragioni di ordine funzionale che sostengono il canone della *business judgment rule* vanno ricercate nella necessità di tutelare gli amministratori dal pericolo di essere condannati a risarcire danni causati da semplici errori di valutazione o addirittura da imprevisti su cui essi non possono ovviamente esercitare il benché minimo controllo, trattandosi di una componente ineliminabile del rischio d'impresa. Poiché i giudici non dispongono della competenza né tanto meno dell'esperienza per riesaminare nel merito una decisione imprenditoriale, la *business judgment rule* non solo mira a evitare che gli amministratori possano subire gli effetti di una decisione ingiusta: tenuto conto degli obiettivi che essi sono chiamati a realizzare, ancora più pressante è l'urgenza di eliminare qualunque fattore possa «stimolare un'indesiderabile avversione al rischio, dato che il timore di risarcimenti potenzialmente esorbitanti rispetto al patrimonio individuale potrebbe facilmente indurre anche validi professionisti ad adottare scelte eccessivamente prudenti o, addirittura, a non assumere o a non proseguire l'incarico»⁵⁵.

Vi è da dire, innanzi tutto, che una prima soluzione per ovviare al problema è data dalle *D&O insurance policies* che le società (specie se di grandi dimensioni) di regola stipulano a favore dei propri amministratori, facendosi ca-

⁵⁴ L.E. STRINE, JR.-L.A. HAMERMESH-R.F. BALOTTI-J.M. GORRIS, *op. cit.*, p. 695 s.

⁵⁵ D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 213

rico anche dei relativi costi assicurativi⁵⁶. Inoltre, per il caso di azioni di responsabilità promosse da terzi, la § 145(a) della *Delaware General Corporation Law* prevede la possibilità di includere negli statuti societari una clausola in forza della quale la società si obbliga a indennizzare direttamente gli amministratori per ogni eventuale esborso conseguente a tali azioni (salva l'ipotesi di condanna per comportamenti in mala fede o intenzionalmente contrari agli interessi della società)⁵⁷.

Ferma restando l'opportunità di una copertura assicurativa dalla responsabilità, parte della dottrina si è però domandata se, considerando quanto emerso dalla crisi finanziaria del 2008, sia davvero auspicabile, eccezion fatta per i limiti della mala fede o del *self-dealing*, rinunciare allo scrutinio giudiziale sul rispetto dei *fiduciary duties*, circoscrivendo o eliminando lo *standard of care* mediante l'applicazione della *business judgment rule*⁵⁸.

Ripercorrendo l'evoluzione tutt'altro che lineare dei diversi orientamenti giurisprudenziali sulla configurabilità del *duty of good faith*, si è potuto osservare che alle Corti non è precluso, nelle controversie relative alle violazioni del *duty of loyalty*, un riesame dell'operato degli amministratori applicando lo *standard of*

⁵⁶ Per dettagliati riferimenti sulla prassi italiana e statunitense si rinvia ad A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 347 ss.

⁵⁷ Nella § 145(a) della *Delaware General Corporation Law* si legge, infatti, che «[a] corporation shall have power to indemnify any person who was or is a party or is threatened to be made a party to any threatened, pending or completed action, suit or proceeding, whether civil, criminal, administrative or investigative (other than an action by or in the right of the corporation) by reason of the fact that the person is or was a director, officer, employee or agent of the corporation, or is or was serving at the request of the corporation as a director, officer, employee or agent of another corporation, partnership, joint venture, trust or other enterprise, against expenses (including attorneys' fees), judgments, fines and amounts paid in settlement actually and reasonably incurred by the person in connection with such action, suit or proceeding if the person acted in good faith and in a manner the person reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation, and, with respect to any criminal action or proceeding, had no reasonable cause to believe the person's conduct was unlawful. The termination of any action, suit or proceeding by judgment, order, settlement, conviction, or upon a plea of nolo contendere or its equivalent, shall not, of itself, create a presumption that the person did not act in good faith and in a manner which the person reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation, and, with respect to any criminal action or proceeding, had reasonable cause to believe that the person's conduct was unlawful». In tema cfr.

⁵⁸ Cfr. i rilievi di L.M. FAIRFAX, *Government Governance and the Need to Reconcile Government Regulation with Board Fiduciary Duties*, in *Minn. L. Rev.*, 2011, 95, p. 1723 ss.

fairness. Ma al di là di questo limite, la disapplicazione totale o parziale del *duty of care* sembra suscitare più dubbi di quanti il canone della *business judgment rule* pretenda di risolvere.

In primo luogo, è stato evidenziato che quello fra la *business judgment rule* e il *duty of care* nel diritto societario del Delaware si atteggia come un rapporto «caratterizzato da una certa circolarità: la *business judgment rule* è motivata dalla necessità di rimediare alla vaghezza dello *standard of care*, ma, nella misura in cui ne previene l'applicazione, contribuisce a lasciare nell'incertezza i contorni di questo criterio e, quindi rende preferibile non applicarlo»⁵⁹. In secondo luogo, se una delle principali (se non la principale funzione) della *business judgment rule* è tracciare il confine oltre il quale non si può spingere il riesame delle scelte degli amministratori, onde evitare un *judicial second-guessing*, viene da chiedersi perché non si possa «provvedere direttamente, a seconda delle tesi sostenute, a precisare i contorni del *duty of care* o a dichiararne la non applicabilità, invece che invocare un ulteriore concetto giuridico per “cancellare” in parte o *in toto* quei contorni»⁶⁰.

A questo proposito, con riferimento al tema oggetto della presente ricerca, si è fatto presente che, se tutte le società hanno optato dall'esonero da responsabilità per negligenza, l'eliminazione dello *standard of care* potrebbe rappresentare l'alternativa più ragionevole⁶¹. Ma d'altra parte si è obiettato che la scelta di esonerare gli amministratori mediante apposita clausola statutaria potrebbe essere determinata proprio dall'incertezza che contraddistingue i rapporti fra *business judgment rule* e *duty of care*⁶².

⁵⁹ D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁰ D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 222.

⁶¹ Cfr. E.B. ROCK-M.L. WACHTER, *Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants*, in *Nw. U. L. Rev.*, 2002, 96, p. 659 s.

⁶² D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 220, il quale si chiede anche «se non sia più efficiente offrire alle società una soluzione diversa dall'esonero statutario, anziché un'alternativa sostanzialmente identica, e lasciare all'autonomia statutaria una (autentica) possibilità di scelta». Da questo punto di vista risultano molto interessanti i risultati raccolti da M. BRADLEY-C.A. SCHIPANI, *op. cit.*, p. 57 ss., dai quali sembra evincersi che, mentre la sentenza *Van Gorkom* non ha inciso sulla quotazione delle azioni delle società del Delaware, all'introduzione della § 102(b)(7) nella legislazione

Vi è, poi, un altro aspetto della questione, ancora una volta illuminato dal lavoro della giurisprudenza, in cui sembra possibile intravedere un collegamento fra il problema dell'esonero dalla responsabilità in favore degli amministratori e la valutazione del loro operato sulla base della *business judgment rule*: se un'esenzione statutaria preclude di certo la condanna al risarcimento dei danni, resta pur sempre ammissibile un giudizio sulla diligenza con cui gli amministratori hanno gestito la società.

Nel caso *Cede v. Technicolor*⁶³ un azionista aveva deciso di agire nei confronti degli amministratori della Technicolor, lamentando che essi avessero violato i loro doveri fiduciari nell'esaminare un'offerta pubblica di acquisto finalizzata a una successiva fusione con la società acquirente; pertanto, l'attore riteneva che il comportamento gravemente negligente degli amministratori non potesse beneficiare della protezione offerta dalla *business judgment rule*. In primo grado la Court of Chancery aveva rigettato la domanda, poiché, secondo i giudici, l'attore non era riuscito a dimostrare che la grave negligenza degli amministratori avesse provocato un danno alla società. In secondo grado, invece, la Suprema Corte aveva obiettato che, qualora l'attore superi la presunzione su cui si fonda la *business judgment rule*, dimostrando che gli amministratori hanno tenuto una condotta negligente, su questi ultimi grava l'onere di provare l'*entire fairness* dell'operazione di cui sono stati chiamati a rispondere. I giudici avevano quindi rinviato la causa alla Court of Chancery affinché valutasse nuovamente la condotta degli amministratori in base all'*entire fairness standard*.

Un particolare profilo di questa impostazione ha destato qualche perplessità: non si comprende, infatti, «che senso abbia sottoporre una condotta, che è già stata giudicata negativamente sotto il profilo dello *standard of care*, a un

statale e al conseguente inserimento di clausole di esonero negli statuti societari ha fatto seguito una diminuzione nel valore delle partecipazioni di quelle stesse società.

⁶³ *Cede v. Technicolor, cit.* (Del. 1993).

nuovo vaglio sotto il teoricamente più esigente *standard of fairness*, utilizzato per i casi di violazione del *duty of loyalty*»⁶⁴.

La Suprema Corte ebbe occasione di spiegarsi meglio su questo punto in una successiva pronuncia, con cui i giudici affermarono che il senso dello *standard of entire fairness* sta nel concedere agli amministratori la possibilità di chiedere che le loro scelte gestorie siano nuovamente esaminate sul piano della correttezza (che essi dovranno dimostrare) nell'ipotesi in cui sia stata già riscontrata la violazione dei loro doveri fiduciari (e cioè quando la presunzione della *business judgment rule* non varrebbe più). I giudici potrebbero, dunque, pervenire a un giudizio conclusivo sulla condotta degli amministratori solo «after examining and balancing the nature of the duty or duties the board brached *vis-a-vis* the manner in which the board properly discharged its other fiduciary duties», sicché la valutazione del danno «becomes a proper focus only after a transaction is determined not to be entirely fair»⁶⁵.

Come parte della dottrina ha sottolineato, la decisione sembrerebbe costituire un precedente favorevole per gli amministratori destinatari di un'azione di responsabilità⁶⁶. Il principio di diritto enunciato nella sentenza riveste, però, una notevole importanza per altre due ragioni.

La prima è che l'orientamento espresso dalla Suprema Corte del Delaware in questo provvedimento esalta una caratteristica essenziale del diritto giurisprudenziale di quello stato, ossia la sua dimensione equitativa, giacché l'idea «di subordinare a un'ulteriore valutazione il giudizio sul contegno degli amministratori, soppesando il riscontro di specifiche violazioni con altri eventuali elementi di riequilibrio, esprime chiaramente l'intento di formulare un giudizio complessivo sulla giustizia del caso concreto, anche al di là del conformità al singolo precetto formale»⁶⁷.

⁶⁴ D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 226

⁶⁵ *Cinerama, Inc. v Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156 ss. (Del. 1995).

⁶⁶ Per un cenno al riguardo si v. G.P. MILLER, *A Modest Proposal for Fixing Delaware's Broken Duty of Care*, in *Colum. Bus. L. Rev.*, 2010, p. 322 ss.

⁶⁷ D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 227.

La seconda ragione è stata esplicitata dalla successiva giurisprudenza in materia, che ha confermato l'esigenza di precisare i limiti del *duty of care* per far fronte all'opportunità di valutare comunque la condotta degli amministratori applicando, per l'appunto, lo *standard of care*, nell'ipotesi in cui una determinata operazione sia contestata nel suo complesso congiuntamente alla violazione del *duty of loyalty* e nonostante lo statuto contenga una clausola di esonero: poiché l'orientamento appena illustrato implica, come si è visto, che un giudizio sulla responsabilità degli amministratori sia possibile solo dopo aver superato il vaglio dello *standard of entire fairness*, la clausola di esonero potrebbe essere invocata, una volta esaurito tale controllo (riferito a tutte le *fiduciary obligations*), «per distinguere i profili di responsabilità individuali e precludere la condanna del singolo amministratore quando essa possa essere fondata esclusivamente sulla violazione del *duty of care*»⁶⁸. Una clausola di esonero potrebbe, dunque, bloccare sul nascere una controversia nel solo caso in cui l'azione di responsabilità allegasse violazioni riconducibili unicamente allo *standard of care*⁶⁹.

5. Le clausole di esonero dalla responsabilità e la tutela offerta agli amministratori dalla business judgment rule nell'ordinamento italiano: un tentativo di sintesi.

Come si accennava in precedenza, è dubbio se una clausola di esonero dalla responsabilità inserita in uno statuto societario o in un contratto possa rivestire una qualche utilità dal punto di vista operativo a fronte della protezione comunque offerta dalla *business judgment rule* che, nel diritto italiano, presuppone il rispetto dell'obbligo di amministrare con diligenza e di non agire in conflitto di interessi (la responsabilità degli amministratori potrebbe, cioè, configu-

⁶⁸ Così ancora D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 227, n. 82. Questo profilo è stato ulteriormente sviluppato in *Emerald Partners v. Berlin*, 787 A.2d 85 ss.

⁶⁹ Così *Malpiede v. Towson*, 780 A.2d 1075 ss. (Del. 2001).

rarsi solo a frontedi una condotta che si pone oltre il limite della mera colpa lieve).

A meno che il procedimento informativo seguito dagli amministratori di si riveli inadeguato a causa della loro negligenza, la *business judgment rule* tende, peraltro, a rendere irrilevante un'eventuale clausola di esonero anche sul piano probatorio: in generale il debitore, se chiamato a rispondere di un eventuale, presunto inadempimento, è comunque tenuto a dimostrare, anche se protetto da questo tipo di clausola, che esso non è imputabile a una violazione dolosa o gravemente negligente dei propri doveri (in altre parole, il creditore può limitarsi, anche in una simile ipotesi, a provare che il debitore è inadempiente); tuttavia, in virtù della *business judgment rule*, l'inadempimento degli amministratori risulterebbe in realtà provato dalla società solo, per l'appunto, in caso di operazioni particolarmente avventate, irrazionali o, più semplicemente, imprudenti. Al contrario, in caso di informazione incompleta o insufficiente, spetterà agli amministratori provare che il danno subito dalla società non sia dovuto a dolo o a colpa grave⁷⁰.

Di là da ogni considerazione sulla imprevedibilità delle decisioni delle corti e sull'effettiva invocabilità della *business judgment rule* nell'ordinamento italiano, in merito pare opportuno fornire, alla luce dei profili finora analizzati, qualche conciso spunto di riflessione, volto in particolare a sottolineare anche in linea teorica le differenze che intercorrono tra la protezione offerta dalla *business judgment rule* e dalle clausole di esonero dalla responsabilità.

In primo luogo, a differenza della *business judgment rule*, le clausole di esonero (siano esse contenute nello statuto della società o, come quelle in esame, in un contratto) rappresenterebbero «una garanzia comunque “certa”» e, per certi versi, più ampia di quella offerta dalla *business judgment rule*, «in quanto consentono di limitare la responsabilità degli amministratori anche quando questa sia dovuta (esclusivamente) a una lieve negligenza nel procedimento in-

⁷⁰ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 302, n. 212

formativo», salvo credere, ovviamente, che «anche nell'ordinamento italiano il principio della insindacabilità nel merito delle scelte degli amministratori abbia, in realtà, un'applicazione più ampia e che venga meno soltanto in caso di *gross negligence* da parte degli amministratori». ⁷¹

Non può trascurarsi, tuttavia, che nelle clausole di esonero può sussistere qualche margine di incertezza nella misura in cui non sempre è facile demarcare i confini fra colpa lieve e colpa grave. Allo stesso tempo, la garanzia offerta dalla *business judgment rule* è meno solida perché presuppone un giudizio sul livello di informazione che ha supportato l'attività degli amministratori e sulla razionalità o irragionevolezza delle loro scelte. Per la precisione, «mentre le garanzie offerte dalla *business judgment rule* sono generalmente escluse qualora gli amministratori abbiano un conflitto di interessi o anche un mero interesse (art. 2391, comma 1, c.c.) nell'operazione eseguita, la clausola di esonero ex art. 1229 c.c. consentirebbe, invece, di limitare la responsabilità degli amministratori anche in caso di violazione dei doveri previsti dall'art. 2391 c.c.» ⁷².

Si è, infatti, ipotizzato ⁷³ che la violazione dei doveri di informazione sanciti dall'art. 2391, comma 1, c.c. potrebbe essere imputato a colpa lieve ⁷⁴ qualora l'amministratore effettivamente ignori di avere in una determinata operazione un interesse divergente da quello della società e dei soci ⁷⁵: tenuto conto che non potrebbe essere considerato diligente l'amministratore che, nel perseguire un proprio interesse, agisca sacrificando l'interesse sociale (se si interpreta il dovere di agire nell'interesse della società come una specificazione del più generale dovere di gestire la società con diligenza), «la presenza di un interesse persona-

⁷¹ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 303 e n. 214.

⁷² A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

⁷³ Cfr. ancora A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 303 ss., il quale ammette, però, che l'ipotesi può forse ridursi a un «caso di scuola».

⁷⁴ R. WEIGMANN, voce "Società per azioni", in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1997, p. 405; L. ENRIQUES, *Il conflitto degli interessi degli amministratori di società per azioni, cit.*, p. 257, n. 34.

⁷⁵ Cfr. ancora L. ENRIQUES, *op. cit.*, p. 146 ss., il quale sostiene che l'art. 2391 c.c. si applichi a prescindere dalla circostanza che l'amministratore sia consapevole di avere nell'operazione un interesse in conflitto con quello della società; benché la tesi sia stata formulata prima della riforma del 2003, A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 304, n. 216, ritiene sia tuttora valida.

le dell'amministratore in un'operazione della società può costituire una presunzione di dolo (ove le scelte compiute dagli amministratori si siano rivelate negligenti), ma tra la violazione dolosa dei doveri imposti dall'art. 2392, comma 1, c.c. (tra cui sono ricompresi anche quelli previsti dall'art. 2391, comma 1, c.c. cui, in generale, gli amministratori sono comunque tenuti "con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze") e un interesse personale degli amministratori non sembra si possa intravedere una relazione biunivoca». E allora, in questa prospettiva, sembra altrettanto ragionevole sostenere che «[c]osì come la violazione dei doveri (specifici) di informazione previsti dall'art. 2391, comma 1, c.c. può non essere imputabile a dolo, allo stesso modo l'inadempimento doloso del (generale) dovere di diligenza non è necessariamente riconducibile a un interesse personale dell'amministratore»⁷⁶.

Se poi si volesse tentare di identificare e delineare un criterio analogo al succitato *standard of entire fairness* cui si è richiamata la Suprema Corte del Delaware, non si dovrebbe comunque trascurare che la disciplina della prestazione dovuta dagli amministratori nel diritto societario italiano «mantiene un carattere formale e non contempla uno spazio per l'apprezzamento equitativo del giudice», sicché «[a]nche l'applicazione della clausola generale di diligenza, pur consentendo la massima flessibilità del precetto giuridico agli elementi del caso concreto, deve comunque, secondo l'insegnamento dottrinale delle clausole generali, rimanere distinta da un giudizio di equità e, di conseguenza, non può essere accompagnata da una valutazione simile a una *entire fairness review*»⁷⁷.

Fermo restando, dunque, che l'ordinamento statunitense e quello italiano muovono da due diverse impostazioni e che, pertanto, è necessario fondare il confronto su categorie che meglio possano conciliarsi con la normativa vigente, un principio che potrebbe essere accostato, dal punto di vista funzionale, al già menzionato criterio è il principio di ragionevolezza, inteso, secondo la lettura

⁷⁶ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 304.

⁷⁷ D. SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 232.

proposta di recente dalla dottrina⁷⁸, sia come regola di comportamento che riviene la propria legittimazione nella clausola generale di diligenza, sia come limite *ex ante* alla discrezionalità delle scelte gestorie, utile anche a un controllo *ex post* sulle medesime scelte (la cui convenienza è comunque insindacabile⁷⁹). Il principio di ragionevolezza potrebbe così assicurare il coordinamento fra il dovere di diligenza e la *business judgment rule*, consentendo all'autorità giudiziaria un controllo sull'operato degli amministratori che non viola il principio di discrezionalità, giacché il controllo di ragionevolezza «non è e non può essere un controllo di merito: esso non tocca e non può toccare la opportunità e la convenienza delle scelte, ma solo il *modo* in cui alle scelte si sia pervenuti»⁸⁰.

⁷⁸ Il riferimento è ad A. NIGRO, "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 470 s.

⁷⁹ Proprio in tema di convenienza ha suscitato qualche perplessità il dettato dell'art. 8, comma 1, lett. c) del Regolamento Consob sulle operazioni con parti correlate nella parte in cui si prevede che, nelle procedure adottate dal consiglio di amministrazione, quest'ultimo è tenuto ad approvare l'operazione previo parere motivato favorevole di amministratori indipendenti non correlati sull'«interesse della società al compimento dell'operazione nonché sulla *convenienza* e sulla correttezza sostanziale delle relative conclusioni» (il corsivo è aggiunto). Ritiene, infatti, P. MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 331, in ID., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari, cit.*, p. 298 e in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 386, che la suddetta "convenienza" non possa che essere «ricompresa nella correttezza, non solo perché non è espressamente contemplata nell'art. 2391-bis, ma perché attiene al merito dell'operazione sistematicamente da ascrivere alla competenza del consiglio di amministrazione – qui obbligatoriamente collegiale (art. 8, comma 1, lett. a) – in ogni caso assistita dalla *business judgment rule*, cioè dal principio di insindacabilità. In altri termini la valutazione della convenienza dell'operazione è affidata alla discrezionalità degli amministratori, non sindacabile, come è noto, sul terreno della responsabilità nel limite della manifesta e palese irrazionalità».

⁸⁰ A. NIGRO, *op. cit.*, p. 470 (il corsivo è dell'Autore). Su questo punto vale senz'altro la pena segnalare l'opinione espressa da C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 689 s., secondo cui «non è forse azzardato ritenere che la riforma abbia ripreso uno dei postulati che più diffusamente si ritengono caratterizzare la *business judgment rule* [...]: quello che richiede di distinguere tra *duty of care* e *duty of loyalty* e di adottare distinti criteri di responsabilità per l'uno e per l'altro»; se così fosse, non vi sarebbe alcuno spazio «per invocare le caratteristiche discrezionali delle decisioni imprenditoriali quando risulti che esse non sono state assunte in "buona fede", con la consapevolezza cioè della loro portata (non tanto rischiosa, quanto) pregiudizievole per l'impresa sociale». In questo senso deporrebbe anche il testo del nuovo art. 2392 c.c., tramite cui sarebbe stato introdotto nel nostro ordinamento un altro profilo caratteristico della *business judgment rule*: obbligando gli amministratori «ad agire in modo informato», il legislatore avrebbe infatti voluto porre l'accento «non tanto sul contenuto della decisione, quanto sul *processo decisionale* mediante il quale ad essa si perviene» (il corsivo è dell'Autore). Per valutazioni di segno analogo cfr. anche ID., *Interesse sociale e business judgment rule, cit.*, p. 7 ss.

Si tratta di una tesi che meriterebbe di essere sviluppata⁸¹, non foss'altro perché il principio di ragionevolezza, data la sua elasticità, sembra costituire un parametro idoneo, in prima battuta, a non scoraggiare la propensione al rischio che dovrebbe qualificare l'attività degli amministratori⁸² e, in seconda battuta, a superare la divisione fra approccio oggettivo e approccio soggettivo che condiziona ogni scelta interpretativa attinente la valutazione della loro responsabilità⁸³. E per stabilire come detto parametro dovrebbe operare in concreto, si potrebbe forse partire dalle analisi della dottrina amministrativistica sul tema, che ha descritto il principio di ragionevolezza come «il criterio che consente di verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra la stessa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la

⁸¹ Optando per un'interpretazione in parte diversa da quella più restrittiva adottata finora dalla giurisprudenza, secondo cui la responsabilità ex art. 2392 c.c. potrebbe ravvisarsi soltanto laddove gli amministratori, compiendo scelte del tutto irrazionali o ingiustificate e, dunque, assolutamente arbitrarie, abbiano posto in essere operazioni speculative prevedibilmente rischiose e imprudenti, mettendo a repentaglio l'esistenza della società, ovvero abbiano violato quei basilari principi che qualunque operatore incaricato di un'attività dello stesso tipo sarebbe tenuto a rispettare, ossia omettendo qualsivoglia cautela preventiva che l'ordinaria diligenza professionale imporrebbe: si v. Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Dir. fall.*, 1966, II, p. 29; Cass., 6 marzo 1970, n. 558, *ivi*, 1970, II, p. 81; Cass., 16 gennaio 1982, n. 280, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 774; Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Società*, 2004, p. 1517, con nota di A. FUSI, *op. cit.*; Cass., 12 agosto 2009, n. 18231, in *Danno e resp.*, 2010, p. 465, con nota di D. GIANTI, *Responsabilità degli amministratori per mera violazione del dovere di diligenza*; in *Società*, 2009, p. 1247; Cass., 10 febbraio 2013, n. 3409, in *Società*, 2013, p. 464; App. Milano, 28 marzo 1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 219; App. Genova, 5 luglio 1986, *cit.*; App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Società*, 1994, p. 923; Trib. Milano, 9 giugno 1977, in *Giur. comm.*, II, p. 660; Trib. Milano, 26 maggio 1989, in *Società*, 1989, p. 970; Trib. Milano, 10 giugno 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 6, p. 80, con nota di A. BALSAMO-C. MALTESE, *op. cit.*; Trib. Marsala, 23 maggio 2005, in *Società*, 2007, p. 83, con nota di A. REDEGHIERI BARONI, *Prosezione illegittima dell'attività sociale e prova del danno dell'azione di responsabilità ex art. 146 l.f.*; Trib. Napoli, 20 giugno 2008, in *Giur. comm.*, 2009, p. 1184, con nota di F. DI GIROLAMO, *Regola di giudizio imprenditoriale e conto corrente ordinario, con una premessa sull'oggetto sociale*; Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, p. 258, con nota di H. SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*; Trib. Milano, 24 agosto 2011, in *Società*, 2012, p. 493, con nota di S. CASSANI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova*; Trib. Milano, 27 ottobre 2011, in *Società*, 2012, p. 97; Trib. Roma, 28 settembre 2015, *cit.*

⁸² Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, *cit.*, p. 402.

⁸³ C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, *cit.*, p. 285 ss.; ID., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, *cit.*, p. 416.

conformità alla natura delle cose, e dunque la logicità e la coerenza del processo decisionale»⁸⁴.

Volendo, ora, trarre qualche conclusione nel terminare questa breve rassegna, a conforto dei risultati che la presente ricerca si propone di raggiungere vale la pena sottolineare due punti.

Dopo aver riassunto le argomentazioni prospettate dalla giurisprudenza in merito ai criteri con cui valutare la condotta degli amministratori che si trovino a decidere quali misure adottare in risposta a un tentativo di scalata ostile, evidenziando (sia pure per cenni) le ripercussioni delle pronunce citate in queste pagine sulla legislazione del Delaware (con particolare riguardo alla normativa sull'esonero dalla responsabilità), un dato sembra offrirsi all'interprete, introducendo una possibile riflessione in chiave comparatistica: anche laddove il testo della legge legittimi in qualche modo l'autonomia privata ad adottare una soluzione come quella formulata negli U.S.A. dalla *Delaware General Corporation Law* (cioè esonerare gli amministratori dalla responsabilità per un'attività gestoria che non è stata ancora posta in essere), ciò non significa che non possa essere individuato un parametro (sia questo lo *standard of entire fairness* o la ragionevolezza) idoneo a riconoscere eventuali profili di responsabilità in capo agli amministratori che non abbiano agito in conformità agli obblighi che su di loro incombono e che per questa ragione, a dispetto della protezione concessa dai soci in virtù di una clausola di esonero, siano chiamati a rispondere di operazioni che, secondo un giudizio *ex ante*, appaiano pregiudizievoli per la società. Il che potrebbe forse rappresentare un ulteriore spunto utile a rimeditare il rapporto fra autonomia privata e norme ritenute inderogabili (tema su cui ci si è già soffermati).

A questi temi si ricollegano, infatti, i rilievi di una parte della dottrina italiana che potrebbero giustificare, in questa sede, il confronto con il diritto statunitense: se si è propensi ad accettare l'idea per cui «la disponibilità da parte del-

⁸⁴ Così G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, I, Bologna, 2005, p. 565 s.

la società della funzione risarcitoria *ex post* (art. 2393, ultimo comma, c.c.) non determina [...] necessariamente la disponibilità della speculare funzione deterrente *ex ante*» (funzione da cui discenderrebbe, secondo l'opinione prevalente, la natura inderogabile della responsabilità degli amministratori⁸⁵), non sembra allora «plausibile ritenere che mentre *ex post* la società disporrebbe del solo diritto al risarcimento dei danni subiti, con un esonero *ex ante* disporrebbe, invece, anche del diritto alla corretta esecuzione della prestazione (al soddisfacimento, cioè, dell'interesse sociale)», poiché «[l]atto di disposizione ha sempre e comunque ad oggetto il solo diritto al risarcimento dei danni subiti, non il diritto alla corretta e diligente presazione degli amministratori»⁸⁶.

In questa impostazione paiono rispecchiarsi i principi di diritto enunciati dalle corti del Delaware: se davvero disporre del diritto di credito nei confronti degli amministratori – come esplicitamente consente la *Delaware General Corporation Law* – non implica rinunciare a esigere che essi, nello svolgimento del loro incarico, operino con correttezza e diligenza, agli interpreti non sarebbe, di ri-

⁸⁵ Cfr. le osservazioni di M. CORDOPATRI, *op. cit.*, p. 138, secondo cui lo «stridente connubio» fra le clausole cosiddette “golden parachutes” e clausole di esonero (o clausole che limitino la responsabilità degli amministratori) «porterebbe di fatto alla de-responsabilizzazione e al rischio di grave e pernicioso demotivazione degli amministratori», in quanto «il preventivo esonero dalla responsabilità indotta dalla violazione del dovere di agire con diligenza non solo mal si concilia con il fisiologico assetto interno della società, ma finisce per attentare agli interessi della collettività».

⁸⁶ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 154 e n. 182, il quale puntualizza in primo luogo che comunque gli amministratori potrebbero essere revocati per giusta causa e resterebbero esposti a un'eventuale procedura *ex art. 2409 c.c.*, e, in secondo luogo, che «non solo l'esonero dalla responsabilità è escluso in caso di inadempimento doloso (o premeditato), eventualmente dettato da una clausola *ex art. 1229 c.c.*, ma è anche quanto meno discutibile che la previsione di un esonero anche per la sola colpa lieve possa effettivamente indurre gli amministratori a ridurre le attenzioni e le cautele adottate nell'adempimento dei propri compiti, rendendo per così dire evanescente la stessa obbligazione contrattuale: una consapevole riduzione delle attenzioni richieste rientrerebbe, di fatto, in un'accezione lata di dolo o, quanto meno, nella colpa grave». Dello stesso Autore cfr. anche ID., *I patti parasociali sulla responsabilità degli amministratori nella più recente giurisprudenza di merito*, *cit.*, p. 3016 s. In termini sostanzialmente conformi cfr. C. COPPOLA, *op. cit.*, p. 283. Inoltre, sul debitore che non riesca a dimostrare l'assenza di colpa grave nella propria condotta graverebbe in ogni caso il rischio, anche in presenza di una clausola di esonero, di essere esposto a responsabilità per colpa lieve: cfr. F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, *cit.*, p. 75 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 299; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *cit.*, p. 481; L. CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 288; U. CARNEVALLI, *Clausola di esonero da responsabilità e onere della prova* (nota a Cass., 10 settembre 1999, n. 9602), in *Contratti*, 2000, p. 8; A. TINA, *op. loc. ult. cit.*

flesso, preclusa la possibilità di individuare, sulla base delle indicazioni formulate dalla dottrina in tema di *business judgment rule*, un principio che consenta di determinare quando e in quale misura si configuri una eventuale responsabilità per *mala gestio* che valga a superare lo scudo protettivo offerto da una clausola di esonero.

A questo proposito la dottrina italiana ha suggerito che, se davvero una valutazione troppo penetrante da parte dell'autorità giudiziaria può tradursi in un'eccessiva «responsabilizzazione» degli amministratori (cioè in una gestione ispirata a scelte troppo caute), la predisposizione di meccanismi e strumenti di garanzia come le clausole di esonero dalla responsabilità potrebbe forse corrispondere, «attraverso una migliore (seppure indiretta) definizione delle preferenze dei soci (in termini di propensione/avversione al rischio più o meno accentuata), all'interesse di quest'ultimi per una gestione maggiormente conforme alle caratteristiche del proprio investimento nella società, attraverso, da un lato, la riduzione dei costi di gestione e, dall'altro lato, l'emersione di potenzialità altrimenti trascurate; in definitiva, all'interesse sociale»⁸⁷.

In questa prospettiva si potrebbe allora propendere per la validità delle clausole di esonero dalla responsabilità, con la previsione, però, di alcuni temperamenti sulla cui individuazione occorrerebbe interrogarsi. Ci si potrebbe, infatti, domandare se i meccanismi su cui si regge il funzionamento del mercato siano in grado di fornire una tutela efficace e dunque di individuare i casi in cui la clausola non opera oppure se a questo scopo sia necessario un intervento legislativo *ad hoc*⁸⁸.

⁸⁷ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 83.

⁸⁸ Cfr. C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule, cit.*, p. 675 s.

CAPITOLO IV

LE CLAUSOLE DI MANLEVA

SOMMARIO: 1. Lo stato dell'arte sulla manleva e sui suoi possibili impieghi. – 2. La giustificazione causale e la meritevolezza dei contratti di manleva: ancora sul collegamento negoziale. Il contratto di manleva come contratto di rischio innominato e atipico. – 3. La manleva e l'assicurazione contro la responsabilità civile a confronto: i diritti del terzo danneggiato nel contratto di assicurazione e l'efficacia del contratto di manleva. – 4. La manleva, l'esonero dalla responsabilità e l'esclusione degli illeciti dolosi. – 5. La previsione generica della garanzia. La determinatezza e determinabilità dell'oggetto e il problema dell'importo massimo garantito.

1. Lo stato dell'arte sulla manleva e sui suoi possibili impieghi.

In tempi non recenti, la Cassazione ha definito il cosiddetto patto di manleva come quell'accordo che «ha per contenuto il dovere di sollevare altri dalle conseguenze di un fatto dannoso e, quindi, realizza un'assunzione di garanzia da parte dell'obbligato che, pur presentando qualche affinità con la fideiussione, non può identificarsi con questa». E poiché si tratta di un contratto atipico, non disciplinato dall'ordinamento vigente, la sua validità, «ai sensi degli artt. 1322, 1343, 1418 c.c., è condizionata al perseguimento di interessi meritevoli di tutela»¹.

Un illustre Autore (fra i primi a studiare l'argomento per darvi una sistemazione), da parte sua, ha descritto l'accordo in esame come «l'obbligazione, assunta verso altri, di sollevar[li] dalle conseguenze patrimoniali dannose, deri-

¹ Cass., 8 marzo 1980, n. 1543, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 2541.

vanti da un dato evento, o dal fatto dello stesso manlevante, o di terzi, e che potrà verificarsi o meno»².

Queste definizioni (già di per sé esplicative) possono, per mero scrupolo di completezza, essere integrate precisando che, ad oggi, con la formula “manleva” si usa designare qualsiasi accordo in virtù del quale «un soggetto si impegna nei confronti di un debitore o di un soggetto che svolge una attività idonea ad arrecare danni a terzi, a sollevare quest’ultimo dalle conseguenze della sua eventuale responsabilità (contrattuale o aquiliana) che dovesse sorgere nei confronti del creditore o del (potenziale) danneggiato»³.

Ciò che va precisato con maggiore urgenza, però, è che, sotto il profilo strutturale, i patti di manleva si differenziano nettamente dalle clausole di esonero e di limitazione della responsabilità: queste ultime, infatti, «intervengono fra le parti di un rapporto obbligatorio con l’obiettivo di modificarne i contenuti, incidere previamente sulla responsabilità che potrebbe eventualmente gravare sul debitore inadempiente, liberarlo dal peso di un danno che le norme dispositive di legge farebbero cadere su di lui e riversarlo sul creditore»; i contratti⁴ di manleva, invece, «intercorrono tra il debitore – o il potenziale danneggiante – e un terzo e mirano a trasferire su quest’ultimo le sole conseguenze economiche di una condotta dannosa che sarebbe imputabile al primo: l’obbligazione

² F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, 8° ed., Milano, 1952, p. 141.

³ Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 300; ID., *Manleva (patto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 2007, p. 1. Sostanzialmente coincidente è la definizione fornita da A. FRANCHI, *Il contratto di manleva e la manleva verso gli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 188 (poi ripresa dall’Autore in *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 124), secondo cui «siamo in presenza di una manleva tutte le volte nelle quali un dato soggetto assume l’obbligo di sollevare l’altra parte dalle eventuali conseguenze patrimoniali dannose derivanti da un dato evento o dal fatto dello stesso manlevante o del manlevato o di terzi».

⁴ Come osserva A. FRANCHI, *Il contratto di manleva e la manleva verso gli amministratori*, cit., p. 187, n. 1, la distinzione fra “patto” e “contratto” di manleva è puramente nominalistica, giacché entrambe le formule si riferiscono a un accordo volto a riversare sul manlevante gli effetti derivanti dalla responsabilità del manlevato; l’unica sostanziale differenza può ravvisarsi nella circostanza che il contratto di manleva configurerà di solito un contratto autonomo avente ad oggetto, per l’appunto, la manleva, mentre il patto potrà essere incluso, quale elemento accessorio, all’interno di un negozio più ampio. In tema si v., dello stesso Autore, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 124, n. 2.

del debitore non è alterata né lo è la posizione giuridica del creditore e integro rimane il suo diritto ad essere risarcito dal soggetto al quale la legge addossa la responsabilità del danno che egli ha subito». I contratti di manleva, quindi, sarebbero destinati «a produrre i loro effetti in un ambito parallelo, ma esterno, al rapporto di responsabilità tra danneggiante e danneggiato»⁵.

Nella prassi la manleva ha trovato applicazione soprattutto nei contratti di appalto predisposti dalle Ferrovie dello Stato, in cui venivano inserite delle clausole con cui le imprese appaltatrici (manlevante) si facevano carico delle conseguenze economiche negative che avrebbero potuto derivare dalla responsabilità del committente (manlevato) per incidenti e infortuni in cui fossero rimasti coinvolti i propri dipendenti⁶. Non sono mancate, tuttavia, significative manifestazioni in altri settori. Fra queste: a) le clausole con cui l'appaltatore assume, in termini generici, l'obbligo di tenere indenne il committente da ogni onere economico per eventuali pregiudizi subiti da terzi, in particolare nel caso in cui l'evento che ha cagionato il danno possa essere ascritto, in tutto o in parte, a errori di progettazione del committente ovvero a suoi atti di ingerenza nell'esecuzione dei lavori, nonché a qualsivoglia comportamento oggettivamen-

⁵ L. DELOGU, *op. cit.*, p. 199. In termini analoghi A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 338, il quale sottolinea che mentre le clausole di esonero o di limitazione dalla responsabilità *ex art.* 1229 c.c. «sorgono tra il creditore e il debitore ed incidono direttamente sul rapporto obbligatorio instaurato, riversando (definitivamente) sul creditore i costi connessi all'inadempimento (responsabile) del debitore», le clausole di manleva integrano «un accordo tra il debitore e un terzo in virtù del quale il terzo solleva il debitore da ogni onere risarcitorio nei confronti del creditore», sicché l'obbligazione del debitore e il corrispondente diritto del creditore a essere risarcito in caso di inadempimento non subiscono alcuna alterazione. Da ultimo cfr. (in senso conforme) A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 38.

⁶ Un buon esempio è rappresentato dal testo della clausola oggetto della sentenza di Cass., 13 maggio 1977, n. 1896, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1346: «Nessuna responsabilità fa carico alle ferrovie per danni che comunque potessero derivare in dipendenza dell'esercizio ferroviario al personale dell'appaltatore [...] Le ferrovie non assumono alcuna responsabilità per danni, infortuni o altro che dovessero derivare all'appaltatore ed ai propri dipendenti nell'esercizio delle prestazioni oggetto del presente atto, od a motivo dell'esercizio ferroviario o per qualsiasi altra causa, ritenendosi a tale riguardo qualsiasi onere già compreso e compensato nel corrispettivo di appalto. Al riguardo cfr. anche Cass., 18 maggio 1954, n. 1580, in *Foro it.*, 1955, I, p. 1701; Cass., 21 maggio 1969, n. 1779, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 1996; Cass., 1° ottobre 1970, n. 1756, in *Foro it.*, 1970, I, p. 3081 ss.; Cass., 16 febbraio 1974, n. 434, in *Rass. avv. Stato*, 1974, I, p. 418; Cass., 6 agosto 1974, n. 2348, in *Foro amm.*, I, 1975, p. 76; Cass., 17 dicembre 2001, n. 15891, in *Giur. it.*, 2002, IV, c. 2166.

te idoneo a diminuire in misura sensibile l'autonomia dell'appaltatore (rendendo così il committente responsabile o quanto meno corresponsabile del danno)⁷; b) la manleva prestata nell'ambito di un contratto di *leasing* dal fornitore al concedente in favore dell'utilizzatore⁸; c) la clausola, inserita in un contratto stipulato da una banca con un istituto di vigilanza incaricato di sorvegliare il locale dove si trovavano le cassette di sicurezza, con cui le parti avevano concordato che il servizio di vigilanza non implicasse alcuna responsabilità in capo all'istituto e, inoltre, che avrebbe dovuto escludersi la responsabilità dell'istituto per eventuali danni cagionati da «grave e comprovata negligenza e/o dolo della guardia addetta al servizio»⁹; d) i patti con cui, nell'ambito della circolazione di prodotti composti o complessi (cioè realizzati mediante la collaborazione fra più imprese produttrici), si individua convenzionalmente l'anello della catena produttiva su cui far gravare le conseguenze economiche negative degli eventuali danni subiti dal consumatore in caso di prodotto difettoso (derogando, così, all'ordinaria disciplina del regresso)¹⁰.

Venendo al diritto societario, assai frequenti sono le clausole, inserite nel testo dei contratti per l'acquisto di una partecipazione totalitaria o rilevante (altrimenti detti *Sale & Purchase Agreements*), con cui l'acquirente non solo si impegna a non promuovere l'azione sociale, a votare favorevolmente su una eventuale proposta di rinuncia da parte dell'assemblea o a garantire che l'assemblea approverà l'operato degli amministratori liberandoli da ogni responsabilità per la passata gestione, ma si obbliga anche a manlevare (ovvero a tenere indenni) gli amministratori (o il socio uscente) da ogni onere risarcitorio di cui essi do-

⁷ Cfr. Cass., 15 dicembre 1980, n. 6489, in *Rass. avv. Stato*, 1981, I, p. 254; Cass., 29 maggio 1984, n. 3288, in *Resp. civ. prev.*, 1985, I, p. 410.

⁸ La clausola esaminata da Cass., 2 marzo 1998, n. 2265 esonerava il concedente dalla responsabilità per i vizi della cosa acquistata dal fornitore, attribuendo inoltre all'utilizzatore la possibilità di agire direttamente contro il fornitore: quest'ultimo, infatti, si sarebbe impegnato a tenere indenne la società di *leasing* da ogni responsabilità che avesse potuto scaturire da vizi della cosa concessa in godimento (mentre la società avrebbe implicitamente indicato come destinatario del pagamento l'utilizzatore-danneggiato).

⁹ Cfr. Trib. Milano, 14 settembre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, 1, p. 1038.

¹⁰ Sul tema si v. U. CARNEVALI, *Prodotti difettosi, pluralità di produttori e disciplina dei rapporti interni*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 653 ss.

vessero farsi carico in seguito all'esercizio dell'azione sociale *ex art. 2393 o 2393-bis c.c.*¹¹

In altre parole, l'obbligo dell'acquirente si articola in due clausole distinte: durante una prima fase l'acquirente, che dopo il *closing* diverrà il nuovo socio di controllo e che, pertanto, disporrà dei voti necessari a non far passare in assemblea una proposta di delibera sull'azione sociale di responsabilità, si obbliga a votare in tal senso (ed è questa la clausola di rinuncia all'azione); in una fase successiva, l'acquirente (ormai divenuto socio a tutti gli effetti) si obbliga a tenere indenne l'amministratore/socio uscente, che nel frattempo avrà rassegnato le proprie dimissioni, da ogni responsabilità, costo e danno che possano

¹¹ Vale la pena riportare qui il testo delle clausole contrattuali analizzate da G. DE NOVA, *Il Sale & Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, p. 263 s.:

«9. OTHER COVENANTS.

9.1. Directors and Auditors.

Prior to or on the Closing Date, the Seller shall:

- (a) cause all the directors of the Company to resign or otherwise cease from office with effect as of the Closing Date;
- (b) use its reasonable efforts to cause the (standing and alternate) members of the board of statutory auditors (if any) of the Company to resign or otherwise retire from office with effect as of the Closing Date; and
- (c) cause the shareholders' meetings of the Company to be validly convened on, or prior to, the Closing Date for the purpose of electing new directors and (if appropriate) new statutory auditors in lieu of those leaving the office pursuant to paragraphs (a) or (b) above, all in accordance with the Buyer's instructions to be notified to the Seller not later than five (5) Business Days prior to the Closing Date.

9.2. Release of Directors and Auditors.

9.2.1. The Buyer undertakes, also on behalf of its Affiliates and the Company pursuant to article 1381 of the Code, not to initiate or permit to be initiated by the Company or its shareholders any action, suit, claim or litigation against the directors and/or statutory auditors of the Company who will have resigned from office pursuant to section 9.1. Furthermore, the Buyer undertakes to hold harmless and indemnify any such directors and auditors against any and all liabilities, costs (including legal fees) and damages, that may arise as a consequence of any such action, suit, claim or litigation brought against them by the Company, its shareholders, the Buyer's Affiliates and any other Person(s) under applicable Law relating to their offices as directors and/or auditors, as the case may be, of the Company.

9.2.2. The undertakings of the Buyer set out in Section 9.2.1. above shall be irrevocable (within the meaning and for the purpose of article 1411 of the Italian Civil Code) and shall remain in full force and effect until such time when any claim against such directors and statutory auditors is barred by virtue of the expiration of the applicable statute of limitations.

9.2.3. Without prejudice to the above provisions, at the Closing Date the Buyer shall deliver to the Seller letters addressed to the directors and auditors of the Company listed in Schedule 9.2.3 having the contents set out in Schedule 9.2.3-bis (the "Release Letters").

Dello stesso Autore si v. anche ID., *Il carattere vincolante dei patti parasociali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (Numero speciale: "I patti parasociali"), 2014, p. 10 s.

derivargli da un'azione promossa dalla società *target* (o da un'azione dei soci o di terzi) nei suoi confronti (clausola di manleva)¹².

Al riguardo la dottrina si è interrogata circa i motivi che avrebbero portato gli operatori, per formalizzare gli obblighi di cui si discorre, a inserire nel testo di contratto per l'acquisto di una partecipazione due clausole così strutturate.

Un primo motivo di ordine pratico è dovuto al fatto che il *Sale & Purchase Agreement* «è un contratto che ambisce alla completezza, e quindi si vuole prevedere espressamente cosa accade se poi in concreto l'azione di responsabilità viene esercitata dalla Target»¹³ (ma questa considerazione potrebbe essere estesa a qualunque contratto che abbia come oggetto l'acquisto di una partecipazione).

Il secondo motivo è, invece, legato ai dubbi che tuttora sussistono sulla validità della rinuncia in via preventiva all'azione sociale di responsabilità: onde evitare che la nullità della clausola di rinuncia possa pregiudicare gli amministratori, esponendoli al rischio di un'azione, «si introduce la clausola di manleva come paracadute»; tuttavia, «[s]e consideriamo la clausola di manleva come paracadute per l'ipotesi che la clausola di rinuncia sia nulla, dobbiamo chiederci se il paracadute regge»¹⁴, ossia se anche la clausola di manleva possa essere considerata valida.

In due occasioni la giurisprudenza si è pronunciata su casi molto simili fra loro, giungendo a conclusioni opposte: entrambi riguardavano una società controllante che si era obbligata in favore degli amministratori della società controllata a manlevare questi ultimi dalle conseguenze di un'eventuale azione di

¹² G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 11. Rileva A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 37, che di norma i patti di manleva si riferiscono sia all'azione sociale di responsabilità (anche qualora esercitata dai soci di minoranza), sia all'azione esercitabile dai creditori sociali ovvero dai singoli soci o terzi (e, nell'ambito di un gruppo, all'azione *ex art. 2497 c.c.*), sia all'azione che fosse prosposta *ex art. 2043 c.c.*

¹³ G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 12.

¹⁴ Si tratta sempre di G. DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*

responsabilità promossa dall'assemblea o, comunque, da qualsivoglia responsabilità derivante dalla loro l'attività gestoria.

In particolare, nel primo caso, relativo a un accordo stipulato nel contesto di un'operazione che avrebbe portato la società controllata ad essere incorporata dalla società controllante, la sentenza¹⁵ aveva sottolineato la profonda differenza che sussiste fra un accordo di questo tipo e la dichiarazione con cui le parti rinunciano all'azione sociale di responsabilità *ex art. 2393 c.c.*: laddove tale dichiarazione, da un lato, preclude definitivamente qualunque possibilità di esercitare l'azione sociale e, dall'altro lato, richiede l'indicazione puntuale e analitica dei singoli episodi di *mala gestio* che si intendono sottrarre all'addebito degli amministratori, la clausola di manleva, al contrario, non impedisce ai soci riuniti in assemblea di adire l'autorità giudiziaria per far valere la responsabilità di costoro, ma determina il trasferimento dell'onere risarcitorio sulla società manlevante e, in secondo luogo, può avere (come di solito ha) una formulazione generica atta a ricomprendere qualsiasi condotta produttiva di responsabilità. Si è concluso, quindi, per la piena ammissibilità di una clausola di manleva con struttura trilaterale, riconducendola allo schema del contratto a favore di terzo *ex art. 1411 c.c.*: gli amministratori, in quanto "terzi" rispetto al rapporto contrattuale, avrebbero infatti diritto alla prestazione promessa e, perciò, sarebbero legittimati ad azionare autonomamente la garanzia nei confronti della società promittente, sin dal momento dell'accordo fra quest'ultima e la società stipulante¹⁶.

Il secondo caso era incentrato su una garanzia prestata direttamente dalla società controllata in favore dell'amministratore unico della controllata (partecipata per la totalità del capitale): la sentenza dichiarò nulla la clausola sia per contrasto con l'art. 1229, comma 1, c.c., sia per indeterminabilità dell'oggetto

¹⁵ Trib. Milano, 10 febbraio 2000, *cit.*

¹⁶ G. BATTISTI, *op. cit.*, p. 92.

specifico della garanzia ai sensi degli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c., a causa di una formulazione ritenuta eccessivamente generica¹⁷.

L'ultima pronuncia in ordine di tempo¹⁸ è un'ordinanza emessa a seguito di un ricorso *ex art. 669-bis e 671 c.p.c.* e successivo riesame del provvedimento con cui era stato autorizzato il sequestro conservativo (poi concesso)¹⁹: anche in questo caso il tema era l'efficacia del patto di manleva con cui una società, titolare di numerose partecipazioni di controllo, si era obbligata nei confronti di alcune delle proprie controllate a tenere indenni gli amministratori e sindaci in carica durante un determinato periodo di tempo per gli importi che essi avrebbero dovuto pagare a titolo di risarcimento per danni provocati dalla loro attività.

Senza prendere posizione sulla validità del patto, i giudici hanno stabilito che, in ordine alla concessione del sequestro conservativo, la sua stipulazione non escludesse la sussistenza del *periculum in mora*: le società controllate, infatti, non avrebbero mai potuto far valere eventuali pretese esecutive nei confronti della società controllante, ma avrebbero potuto soltanto rivalersi in seconda battuta sul suo patrimonio dopo che fosse intervenuta una sentenza di condanna nei confronti dei terzi beneficiari (gli amministratori e i sindaci), poiché il manlevante non si pone, al contrario di quanto si verifica nella fideiussione, quale condebitore solidale a fianco del debitore manlevato²⁰. Resta però il dubbio se

¹⁷ Trib. Milano, 19 dicembre 1994, *cit.* Nella fattispecie, la società controllante si era obbligata nei confronti dell'amministratore unico della società controllata: «a) a sollevarlo da ogni e qualsiasi responsabilità per gli atti compiuti nell'espletamento della carica di amministratore [...]; b) fornirgli un'adeguata assistenza legale con persone di suo gradimento; c) assumersi l'onere delle eventuali sanzioni economiche, le spese e i danni che [l'amministratore] avesse a sopportare a qualsiasi titolo in relazione all'espletamento della [propria] carica». Come rilevato da G. CHINÈ, *Promessa di manleva e responsabilità dell'amministratore di società di capitali*, *cit.*, p. 651 ss., la decisione sembra fondarsi sul convincimento che la disciplina riguardante la responsabilità degli amministratori sia inderogabile. Sul punto cfr. anche L.G. PICONE, *L'assunzione del debito da parte della società nella nuova disciplina delle sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 34, n. 18.

¹⁸ Trib. Milano, 20 marzo 2014, *cit.*

¹⁹ Si v. Trib. Milano, 20 dicembre 2013, *cit.*

²⁰ Cfr. Trib. Padova, 9 febbraio 2002, in *Giur. di Merito*, 2002, 989. Nel confermare la richiesta di un'ordinanza cautelare *ex art. 669-sexies c.p.c.* sul patrimonio personale degli amministratori e dei sindaci nei confronti dei quali era stata promossa un'azione di responsabilità *ex art. 146 l.*

per i giudici la clausola di manleva avrebbe potuto fugare il *periculum* ove fosse stata strutturata come una garanzia a prima richiesta.

Insomma, sembra che la clausola di manleva inserita in un contratto per l'acquisto di una partecipazione societaria si limiti a trasferire il rischio dal venditore all'acquirente sulla base del meccanismo che regola qualunque accordo con finalità analoga (e fra questi, come si vedrà, vi è il contratto di assicurazione): il che dovrebbe indurre a ritenere che la clausola sia di per sé valida²¹.

Tuttavia, una possibile soluzione al problema deve anche tenere conto di due ulteriori profili: il primo attiene alla previsione di cui all'art. 1229 c.c.; il secondo alla determinatezza dell'oggetto, poiché la clausola di manleva è volta a tenere indenne l'amministratore/socio uscente da ogni possibile responsabilità, costo e danno²².

A questi profili saranno dedicate le riflessioni che seguono, precedute da qualche appunto sulla meritevolezza al trasferimento del rischio e alla giustificazione causale del contratto di manleva, utile alla qualificazione giuridica della figura.

fall., il Tribunale ha sancito che le polizze assicurative stipulate in favore dei resistenti non potessero garantire un pagamento certo (e, dunque, non fossero sufficienti, al pari di una fideiussione bancaria o assicurativa a prima richiesta, ad escludere il *periculum in mora*), tenuto conto delle eccezioni che l'assicuratore avrebbe potuto sollevare in ordine alla concreta operatività della copertura assicurativa.

²¹ Cfr. i rilievi di G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 13, il quale però soggiunge che questa soluzione potrebbe prospettarsi solo considerando la clausola di manleva autonoma dalla quella di rinuncia (di per sé illecita), perché, ipotizzando un collegamento fra le due clausole, anche la manleva sarebbe nulla.

²² Si v. Trib. Milano, 20 dicembre 2013, *cit.*, secondo cui mancherebbe del requisito della determinabilità il patto di manleva che non contenga «un adeguato livello di specificazione dei possibili illeciti, in quanto nessuna liberatoria potrebbe concepirsi né risultare efficace con riguardo a un fatto che, al momento dell'asserito sgravio e della pretesa manleva non era stato ancora accertato, né nella sua oggettività né nelle conseguenze economiche derivanti in pregiudizio dalla società»; in particolare, secondo il Tribunale, nel caso di specie, la quantità e tipologia di illeciti contestabili in astratto, considerata anche l'assenza di un qualsiasi criterio per operare una selezione in merito, erano troppo vaste per ritenere determinabile l'oggetto della manleva.

2. *La giustificazione causale e la meritevolezza dei contratti di manleva: ancora sul collegamento negoziale. La manleva come contratto di rischio innominato e atipico.*

È piuttosto evidente che l'interesse sotteso a un patto di manleva consiste nel trasferire il rischio di un evento dannoso dalla sfera giuridica del manlevato a quella del manlevante: un interesse che l'ordinamento sicuramente reputa meritevole di tutela «non solo in quanto soddisfa un'esigenza da sempre ricorrente ed apprezzata nel traffico giuridico – e, quindi, da considerare, comunque, riconosciuta e tutelata *ex art. 1322, comma 2, c.c.* – ma anche perché il legislatore si è esplicitamente pronunciato in senso positivo in ordine alla compatibilità con l'ordine giuridico della funzione di copertura del rischio, con riguardo a diverse figure tipiche, quali il contratto di assicurazione contro i danni (art. 1882 e 1904 c.c.), la promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.), la clausola dello star del credere (art. 1736 c.c.), la garanzia della solvenza del debitore nella cessione del credito (art. 1267 c.c.) e la garanzia di fabbrica (art. 133 c. cons.)»²³.

Si è rilevato che l'elemento caratteristico della manleva è l'assunzione da parte del manlevante di una situazione giuridica soggettiva definibile come garanzia pura²⁴, in quanto il manlevante si accolla il rischio legato al verificarsi di un evento futuro e incerto, ossia le conseguenze negative che potrebbero discendere dall'accertamento della responsabilità contrattuale o extracontrattuale del manlevato, promettendo di corrispondere a quest'ultimo, nel caso detto evento dovesse aver luogo, una somma di denaro²⁵.

Dal punto di vista strutturale, la promessa del manlevante viene di regola fatta rientrare nello schema del contratto con obbligazioni del solo proponente di cui all'art. 1333 c.c., cui può aggiungersi l'obbligo del garante di pagare direttamente al terzo la somma pattuita o l'adesione all'accordo del terzo benefi-

²³ P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, p. 4

²⁴ P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.* Per approfondimenti sul tema cfr. A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 182 ss.; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 61 ss.

²⁵ P. CORRIAS, voce "Manleva (patto di)", cit., p. 4.

ciario²⁶; in quest'ultima ipotesi, peraltro, l'operazione potrebbe anche configurarsi come un accordo fra debitore e creditore con cui si conviene che gli eventuali obblighi risarcitori gravanti sul primo verranno trasferiti sul manlevante previa sottoscrizione di costui per accettazione²⁷.

Tanto premesso, si può notare che la succitata funzione di copertura del rischio viene realizzata tramite un servizio (la garanzia pura) prestato dal garante, cui corrisponde una comprovata utilità, suscettibile di valutazione economica, attribuita al garantito²⁸. E per rinvenire la ragione sostanziale che, in conformità al principio generale di cui all'art. 1325, n. 2), c.c., può giustificare uno spostamento patrimoniale a favore del garantito²⁹, «occorre distinguere a secondo che il negozio di garanzia preveda o meno un corrispettivo a carico del garantito in cambio della copertura di garanzia»³⁰.

Nelle ipotesi - che possono considerarsi di scuola - in cui un corrispettivo sia previsto, il fondamento dell'accordo sarebbe ovviamente rappresentato dallo scambio; tuttavia, qualora l'esborso dovesse risultare modesto rispetto al valore della garanzia prestata, «l'utilità che il garante si aspetta dalla controprestazione (del garantito) non si rivelerebbe idonea a giustificare completamente l'assunzione del suo impegno, ma rimarrebbero ancora da definire gli ulteriori elementi che concorrono a determinare l'assetto complessivo di interessi sottostanti alla stipulazione del negozio»³¹.

Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi - più facilmente riscontrabile nella prassi - in cui il contratto di manleva assuma la struttura di cui all'art. 1333 c.c. e, quindi, preveda oneri esclusivamente a carico del garante (come la manleva prestata in favore degli amministratori al momento di alienare una partecipazione), «la mancanza della causa di scambio impone di verificare l'esistenza di

²⁶ Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 300; ID., voce "Manleva (patto di)", cit., p. 4.

²⁷ G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 859.

²⁸ P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*

²⁹ Si v. Cass., 1 ottobre 1970, n. 1756, in *Foro it.*, 1970, I, p. 3082.

³⁰ P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*

³¹ P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*

un altro interesse, generalmente ma non necessariamente di natura economica, idoneo a sorreggere lo spostamento patrimoniale, al fine di poter escludere che l'attribuzione del garante possa essere ricondotta a un intento di liberalità, o, financo, essere ritenuta non giustificata»³².

Su questo punto paiono degne di riflessione le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in tema di appalto, che in alcune pronunce ha rinvenuto l'utilità cui si allude (talvolta definita espressamente come «contropartita patrimoniale»³³) al di fuori dell'accordo che sancisce l'impegno unilaterale del manlevante.

Tale utilità (espressione dell'interesse che le parti mirano a realizzare con la stipulazione del contratto di manleva) dovrebbe essere ricercata «nel complesso dei vantaggi economici che a questa [all'impresa appaltatrice] provengono dall'ottenuta concessione del pubblico servizio»³⁴ e, per la precisione, «nel corrispettivo dell'appalto stesso dal quale [...] si intendeva compensato anche quel particolare onere assunto dall'appaltatore»³⁵. In alternativa, l'utilità potrebbe essere individuata «nella necessità della garante di portare a termine il collaudo dell'apparecchiatura meccanica di sua produzione, onde poter adempiere alla obbligazione assunta al riguardo nei confronti della società appaltante»³⁶.

Si è osservato³⁷ che rintracciare l'interesse su cui si fonda un'attribuzione patrimoniale nel contesto dell'operazione economica in cui s'inserisce la prestazione della garanzia è un'opzione interpretativa che era stata anticipata da alcuni studi in tema di collegamento negoziale³⁸.

Ebbene, detta soluzione sembra porsi in linea con quella già prospettata trattando il tema della causa nel negozio di rinuncia e, in particolare, interro-

³² P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*

³³ Cass., 18 maggio 1954, n. 1580, in *Foro it.*, 1955, I, p. 1705.

³⁴ Cass., 18 maggio 1954, n. 1580, *cit.*; Cass. 13 maggio 1977, n. 1896, *cit.*

³⁵ Cass., 1 ottobre 1970, n. 1756, *cit.*

³⁶ Cass., 17 dicembre 2001, n. 15891, *cit.*

³⁷ P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, p. 5.

³⁸ Cfr. G. PALERMO, *Funzione illecita ed autonomia privata*, Milano, 1970, p. 133 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 428 ss.

gandosi sull'utilità della rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori sancita in un sindacato di voto stipulato nel contesto di un'acquisizione societaria e oggetto di una successiva delibera dell'assemblea convocata per decidere in merito³⁹: *a)* se la causa di un negozio può essere considerata come la sintesi degli interessi che lo ispirano; *b)* se il controllo sulla liceità della causa deve essere condotto verificando che gli interessi perseguiti dalle parti siano meritevoli di tutela; *c)* se la rinuncia all'azione sociale di responsabilità, che è un atto dotato di una causa autonoma con cui i soci contribuiscono a creare valore, può superare il vaglio di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. ove si accerti che esso produce un vantaggio per la società; *d)* se l'utilità di una simile rinuncia può essere ponderata supponendo che sussista un collegamento negoziale fra 1) il patto parasociale con cui l'acquirente si impegna a votare in favore della rinuncia quando sarà diventato socio, 2) la delibera con cui la rinuncia viene formalizzata, 3) il contratto per l'acquisto della partecipazione e 4) il contratto sociale, anche la meritevolezza della clausola di manleva che, come si è visto, di regola accompagna la clausola di rinuncia dovrebbe essere valutata basandosi sui medesimi presupposti, cioè appurando se nel collegamento negoziale ipotizzato può ravvisarsi un interesse in grado di compensare la prestazione della garanzia e, di conseguenza, se da quella complessa operazione economica che è la cessione di una partecipazione sociale, intesa nella sua globalità, può emergere un vantaggio (magari di natura non strettamente patrimoniale) che non solo escluda la gratuità della manleva, ma ne integri anche il fondamento causale. E benché l'acquisto della qualità di socio (di controllo) e dei relativi diritti costituisca di per sé un'utilità, anche in questo caso (così come avviene per la rinuncia) non si potrà muovere da principi astratti, ma, al contrario, si dovrà procedere caso per caso, tenendo conto delle circostanze concrete di cui la fattispecie si compone⁴⁰.

³⁹ Si v. *supra*, cap. II, § 2.

⁴⁰ Tenendo conto che, nell'economia di un contratto per l'acquisto di una partecipazione sociale, la manleva si ricollega, sul piano funzionale, sia all'articolato sistema di garanzie predisposto

La funzione di garanzia propria della manleva porterebbe, dunque, a includere questa figura contrattuale fra i cosiddetti «rapporti assicurativi atipici»⁴¹, altrimenti definiti come «rapporti di assunzione di rischio»⁴² o «contratti di rischio»⁴³, il cui minimo comun denominatore è un assetto regolamentare di base che sia diretto a disciplinare un rapporto di garanzia pura (nel senso appena illustrato) ovvero un rapporto di garanzia in senso tecnico. Per la precisione, la manleva costituirebbe «un'espressione sicura ed emblematica di contratto rischio innominato - ossia non contemplato dal legislatore con un apposito *nomen iuris* - ed atipico - ovvero totalmente privo non solo di una propria disciplina

dalle parti sia al corrispettivo (calcolato includendo anche l'eventuale pregiudizio derivante dalla condotta dei componenti degli organi sociali): cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 456 ss.; M. SPERANZIN, *op. ult. cit.*, p. 220; G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 10; A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 38 s. In particolare quest'ultimo Autore osserva che, nel caso in cui il patto di manleva riguardi l'attività già compiuta dagli amministratori, a giustificare l'attribuzione patrimoniale derivante dalla manleva sarebbe l'interesse delle parti al risultato economico-sostanziale complessivo perseguito con l'operazione di acquisizione (sia nel caso in cui il patto di manleva sia inserito come clausola nel contratto, sia nell'ipotesi in cui sia contenuto in un documento *a latere*); nel caso in cui, invece, la manleva riguardi l'attività futura degli amministratori, essa potrebbe comunque realizzare un interesse meritevole di tutela, come nel caso in cui il patto sia diretto a garantire ai membri dell'organo amministrativo un contesto migliore per lo svolgimento del loro incarico: l'Autore porta al riguardo l'esempio della società controllante che si impegna a tenere indenni gli amministratori di una o più controllate per il compimento di atti gestori che fossero espressione di una politica di gruppo o di un amministratore particolarmente capace assunto per risollevarle le sorti dell'impresa sociale.

⁴¹ Si v. in proposito A. GAMBINO, *Fideiussione, fideiussio indemnitis e polizze fideiussorie* (nota ad App. Roma, 23 marzo 1959), in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 62.

⁴² A. ASQUINI, *Il dolo dei dipendenti dell'assicurato nella assicurazione della responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 1959, I, p. 263 s.

⁴³ P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 260 ss., il quale colloca i contratti di rischio nel sistema dei contratti aleatori, precisando che a quest'ultima nozione si può ricorrere «solamente allorquando l'incertezza dei vantaggi e degli svantaggi è strettamente collegata al verificarsi (o all'accertamento) di un evento - necessariamente incerto (oggettivamente o soggettivamente) all'interno del regolamento negoziale - il quale assume - in virtù della legge o a seguito dell'esercizio dell'autonomia privata - rilevanza giuridica nei confronti delle posizioni soggettive delle parti e, segnatamente, l'attitudine a determinare la trasformazione di una soggezione in obbligazione ovvero, comunque, a incidere sul contenuto della prestazione oggetto di una obbligazione già sorta». I contratti di rischio, tuttavia, presentano, rispetto ai contratti aleatori, un elemento di specialità, strettamente connesso ai limiti che vincolano la possibilità di gestire la situazione di incertezza appena descritta: il meccanismo su cui si regge il contratto di rischio, in particolare, «è atto a fornire, al soggetto attivo del rapporto obbligatorio, protezione nei confronti di possibili pregiudizi economici ma non gli consente, in alcun caso, di conseguire vantaggi». In giurisprudenza si v. Cass., 8 marzo 1980, n. 1543, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, p. 2541; Cass., 23 gennaio 1982, n. 462, in *Giur. it.*, 1982, I, p. 472.

ma anche di qualsivoglia considerazione, anche implicita, nelle strutture normative del sistema»⁴⁴.

La qualificazione della manleva come contratto di rischio innominato e atipico consente di raggiungere due risultati: in primo luogo è possibile distinguere il patto di manleva dalle figure affini (la fideiussione, l'accollo e le clausole di esonero dalla responsabilità⁴⁵); in secondo luogo, risulta più agevole risali-

⁴⁴ P. CORRIAS, voce "Manleva (patto di)", *cit.*, p. 5.

⁴⁵ In merito alle clausole di esonero dalla responsabilità, si v. *supra*, in questo capitolo, § 1. Con riferimento alla fideiussione, a spiccare sono due differenze. La prima è di natura strutturale: se «la promessa fideiussoria è rivolta dal garante al creditore, nel patto di manleva l'impegno è assunto dal garante nei confronti del debitore (o potenziale danneggiante)»; ne deriva che il creditore acquista un diritto nei confronti del garante solo nella fideiussione o in un patto di manleva che contempra la sua adesione (P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, p. 6). La seconda differenza, invece, attiene il legame fra la garanzia e il rapporto su cui essa s'innesta: se il fideiussore assume un obbligo che nel contenuto rispecchia quello dell'obbligazione principale e soggiace alle stesse vicende, nella manleva il garante assume un impegno del tutto indipendente rispetto all'obbligazione risarcitoria, che eventualmente graverà sul debitore principale o sul danneggiante (P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*) Per ulteriori raffronti, in ogni caso, cfr. F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 141; G. CHINÈ, *op. cit.*, p. 653; A. FRANCHI, *Il contratto di manleva e la manleva verso gli amministratori*, *cit.*, p. 192; ID., *La responsabilità degli amministratori e gli strumenti di esonero dalla responsabilità*, *cit.*, p. 128. Propende, invece, per l'assimilazione fra le due figure M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione - Mandato di credito (Art. 1936-1959)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1968, p. 34. Per quanto riguarda, invece, l'accollo, va puntualizzato che è solo l'accollo interno o semplice a presentare significativi profili di affinità con la manleva, perché, com'è noto, nell'accollo esterno il terzo accollante si obbliga anche nei confronti del creditore originario: cfr. P. RESCIGNO, voce "Accollo" in *Nuoviss. dig. it.*, Torino, 1957, p. 140 ss.; R. CICALA, voce "Accollo", *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 284; G.F. CAMPOBASSO, voce "Accollo", in *Enc. giur. Treccani*, 1988, p. 1 ss.; G. GIACOBBE, sub art. 1273, in G. GIACOBBE-D. GIACOBBE *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo (Art. 1268-1276)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1992, p. 99. Tali sono le somiglianze che una parte della dottrina è arrivata ad affermare che il patto di manleva «altro non è se non un accollo interno di debito futuro» (L.G. PICONE, *op. ult. cit.*, p. 33). Ciò nonostante, è necessario innanzi tutto «distinguere le ipotesi relative a clausole che prevedono l'accollo ad un soggetto dei debiti che dovessero essere riconosciuti e/o accertati in capo ad un altro soggetto, la cui sussistenza e/o entità è, tuttavia, già certa *in rerum natura* al momento della stipulazione della convenzione ma, semplicemente, sconosciuta ai contraenti, dai casi in cui l'accollante assume preventivamente tutti i debiti, oggettivamente inesistenti e/o non quantificati, che dovessero eventualmente investire la sfera dell'accollato in un momento successivo alla stipulazione» (P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, p. 7). La prima ipotesi sembra discostarsi dallo schema dell'accollo interno per via della componente aleatoria derivante dalla situazione di incertezza soggettiva che circonda la situazione debitoria dell'accollato e, quindi, l'obbligo dell'accollante: se nell'accollo interno si impone che le parti, al momento della stipulazione, «indichino il rapporto da cui può nascere il debito e che sia possibile determinare l'ammontare del debito stesso» (A. FRANCHI, *Il contratto di manleva e la manleva verso gli amministratori*, *cit.*, p. 192), un accordo che si configuri nei termini appena delineati mira, evidentemente, «a proteggere l'accollato dalle possibili conseguenze negative che possono derivare dal successivo accertamento della reale situazione debitoria dell'accollato»; tuttavia, ciò non varrebbe a qualificarlo come manleva, poiché «l'evento idoneo

re alla disciplina applicabile, che la dottrina, come si spiegherà, ha individuato nelle norme riguardanti il contratto di assicurazione contro i danni e in una serie di altre regole sui contratti tipici di rischio previsti dal nostro ordinamento.

3. *La manleva e l'assicurazione contro la responsabilità civile a confronto: i diritti del terzo danneggiato nel contratto di assicurazione e l'efficacia del contratto di manleva.*

Poiché, come si è detto, la manleva è un contratto di rischio atipico che esprime un rapporto di garanzia pura, la disciplina sul contratto di assicurazione contro i danni potrà trovare applicazione nella misura in cui essa realizza quella che è la funzione propria di entrambe le figure contrattuali, ossia la copertura del rischio, con l'esclusione di quelle regole che sono peculiari del tipo.

Fra le norme che la dottrina⁴⁶ ha ritenuto compatibili con lo schema della manleva, devono essere menzionate innanzi tutto quelle relative all'incidenza del rischio sul contratto (artt. 1895-1898 c.c.), alle dichiarazioni inesatte o reticenti (artt. 1892 e 1893 c.c.), alla circolazione e/o al trasferimento della (posizio-

a determinare la diminuzione patrimoniale del promissario-garantito (ossia la venuta ad esistenza dell'obbligo dell'accollato) è già esistente *in rerum natura* – ancorché sconosciuto – al momento della stipulazione» (P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*), mentre nella manleva, che pure comporta l'accollo del debito di un altro soggetto in capo al manlevante, non è indispensabile «che le parti indichino a priori il debito stesso ed il suo ammontare o che quest'ultimo sia comunque determinabile *per relationem*» (A. FRANCHI, *op. ult. cit.*, p. 191). Con riguardo, poi, all'ipotesi in cui l'accollante assuma a proprio carico posizioni debitorie che sorgono in capo all'accollato dopo la stipulazione dell'accordo, occorre ulteriormente distinguere a seconda che l'accollo afferisca a debiti futuri, certi e predeterminati o predeterminabili nell'ammontare o a debiti futuri che potrebbero anche non venire ad esistenza o il cui ammontare non è determinabile: se nel primo caso la convenzione deve comunque essere qualificata come accollo, dato che l'entità della prestazione dell'accollante viene stabilita *ab origine* (D. SALMINI, *Obbligo del socio di accollarsi i debiti contratti dalla società previsto da statuto di cooperativa*, in *Riv. soc.*, 1977, p. 445 s.; P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*), nel secondo caso si rientrerà, al contrario, nella fattispecie della manleva, «con la precisazione, tuttavia, che in tale circostanza il manlevato viene sollevato dal peso di un obbligo che può anche non derivare dall'accertamento di una propria responsabilità (aquiliana o contrattuale) ma da una fonte diversa» (P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*).

⁴⁶ P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 266 ss.; ID., voce "Manleva (patto di)", cit., p. 8.

ne di) garanzia (artt. 1889 e 1918 c.c.), all'agire in nome o per conto altrui (artt. 1890 e 1891 c.c.), ai vincoli sulla possibilità di includere nell'oggetto della garanzia gli eventi cagionati da dolo o da colpa grave del garantito (art. 1900 c.c.) ovvero da dolo quando tali eventi sono collegati all'accertamento della sua responsabilità (art. 1917 c.c.). Inoltre sono state qualificate come «transtipiche» e, quindi, applicabili, anche le norme relative agli obblighi di avviso e di salvataggio che gravano sul garantito (artt. 1913-1915 c.c.) nonché alla pluralità di garanti (artt. 1910-1911 c.c.). Infine, si è ritenuto possa essere estesa alla manleva la regola stabilita dall'art. 1916, comma 1, c.c., secondo cui «[l]’assicuratore che ha pagato l’indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell’ammontare di essa, nei diritti dell’assicurato verso i terzi».

Ma il più importante principio che informa, oltre alla disciplina sul contratto di assicurazione, l'intera normativa sui contratti di rischio è il principio indennitario, sancito dagli artt. 1904, 1905, comma 1, 1908, 1909 e 1910, comma 3, c.c. Ed è noto che detto principio, instaurando «uno stretto e inscindibile legame tra la prestazione promessa dall'assicuratore e l'interesse dell'assicurato lesa dall'evento dannoso»⁴⁷, si declina in due regole essenziali: *a)* non può essere validamente assunta alcuna garanzia se l'evento contemplato non è realmente idoneo a determinare una diminuzione del patrimonio del garantito e, in ogni caso, a pregiudicare un bene della vita o un suo interesse giuridicamente rilevante (artt. 1895 e 1904 c.c.); *b)* l'entità della somma che il garante promette di corrispondere (o, più in generale, il valore della prestazione che egli si impegna ad eseguire) non può essere superiore all'ammontare effettivo del pregiudizio subito dal garantito, onde evitare che il contratto di assicurazione, pensato dal legislatore come strumento di conservazione del patrimonio, possa diventare una fonte di arricchimento o di speculazione e, quindi, che il garantito possa ottenere un vantaggio. Si tratta di regole che si ritiene possano valere anche per il contratto di manleva.

⁴⁷ P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*

Fra le norme prima menzionate, quella che, applicata alla manleva, interroga la prassi con maggiore urgenza è l'art. 1917, comma 2, c.c., il quale prevede che «[l]’assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all’assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l’indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l’assicurato lo richiede»: posto che la struttura del contratto di manleva ricalca in buona parte lo schema del contratto di assicurazione contro la responsabilità civile (in forza del quale l’assicuratore si impegna a tenere indenne l’assicurato di quanto questi dovrebbe pagare a un terzo danneggiato in seguito all’accertamento della sua responsabilità dedotta in contratto), occorre domandarsi se, con la stipulazione del contratto, possa sorgere in capo al terzo (l’amministratore) il diritto ad ottenere il pagamento del ristoro.

In tema di assicurazione, la dottrina⁴⁸ e la giurisprudenza⁴⁹ si sono preoccupate di puntualizzare che la nascita dell’obbligo in capo all’assicuratore di corrispondere il risarcimento del danno al terzo danneggiato/creditore non attribuisce alcun diritto a quest’ultimo, in quanto detto obbligo produce effetti nella sfera giuridica del solo assicurato/debitore; ne deriva che solo costui potrebbe far valere l’inadempimento dell’assicuratore (ossia il mancato pagamento al terzo danneggiato/creditore). Anche laddove l’assicurato/debitore richieda espressamente all’assicuratore di pagare direttamente l’indennizzo al terzo danneggiato/creditore, il contratto di assicurazione contro la responsabilità civile, dunque, non potrebbe essere considerato, ai sensi dell’art. 1411 c.c., un contratto a favore di terzo, poiché l’assicurato/debitore stipulerebbe pur sempre il contratto a suo esclusivo favore⁵⁰.

⁴⁸ R. CAVALLO BORGIA, *L’assicurazione di responsabilità civile*, in *Responsabilità e assicurazione*, a cura di R. CAVALLO BORGIA, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, XXI, Milano, 2007, p. 33 ss. *Contra* A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 213 ss.

⁴⁹ Si v. Cass., 12 aprile 2006, n. 8622, in *Contratti*, 2007, p. 47; in *Riv. giur. sarda*, 2009, p. 277; Cass., 8 gennaio 1999, n. 103, in *Assicurazioni*, 1999, II, p. 208; Cass., 26 marzo 1996, n. 2678, in *Arch. Locazioni*, 2003, p. 543.

⁵⁰ R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, p. 33; *contra* A.D. CANDIAN, *op. cit.*, 207 ss. In giurisprudenza si v. Trib. Bari, 31 marzo 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1736.

Secondo un diverso orientamento, però, nella manleva il principio appena enunciato è destinato a subire una deroga «quando il creditore (o il soggetto esposto alle conseguenze dell'atto illecito) aderisce espressamente all'accordo che prevede il pagamento a suo favore e, *a fortiori*, quando è quest'ultimo a stipulare la pattuizione originaria con il debitore, nella quale si conviene che gli eventuali obblighi risarcitori del secondo vengono trasferiti in capo a un altro soggetto (manlevante) il quale sottoscrive per piena accettazione». Qualora una clausola indicasse con precisione l'identità del terzo creditore (nonché potenziale danneggiato) e quest'ultimo prendesse parte alla stipulazione, aderendo esplicitamente all'accordo che lo designa quale destinatario diretto del pagamento, detto accordo non potrebbe più intendersi stipulato nell'esclusivo interesse del manlevato/debitore, giacché l'interesse di quest'ultimo a ottenere un ristoro per il danno subito (qualunque esso sia) non costituirebbe più un mero fatto, ma si risolverebbe nell'acquisto del diritto alla prestazione indennitaria nei confronti del manlevante in conformità a quanto dispone l'art. 1411 c.c.⁵¹; da qui discenderebbe poi l'ulteriore conseguenza che «il garantito-creditore (o potenziale danneggiato) acquisterà il diritto nei confronti del garante-promittente con i limiti in cui esso è sorto in capo al debitore (o potenziale danneggiante) per effetto della stipulazione e, pertanto, allo stesso garantito potranno venire opposte le eccezioni fondate sul contratto base che si potrebbero opporre allo stipulante (artt. 1413 c.c. e 1273, comma 4, c.c.)⁵².

Vi sono però due osservazioni da fare al riguardo.

Premesso che la clausola di manleva inserita nel testo di un contratto di acquisizione viene negoziata dal venditore/socio (e in alcuni casi amministratore) uscente con il compratore/futuro socio, e non opera fra il possibile debitore/manlevato (cioè gli amministratori e i sindaci della società *target*) e il credito-

⁵¹ Sul punto cfr. A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 38.

⁵² P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, p. 8 s., che a sostegno cita non solo l'impiego della manleva nell'ambito di un'operazione di *leasing* (Cass., 2 marzo 1998, n. 2265, *cit.*), ma anche il patto di manleva oggetto della decisione resa da Trib. Milano, 10 febbraio 2000, *cit.*

re/potenziale danneggiato, bensì fra il debitore/manlevato e il compratore⁵³, si può rilevare, innanzi tutto (ma il punto era già stato sottolineato in precedenza⁵⁴) che l'adesione dell'amministratore, "terzo" rispetto alla convenzione che intercorre fra il venditore e l'acquirente, configurerebbe un evidente conflitto di interessi.

In secondo luogo riesce difficile comprendere perché la partecipazione dell'amministratore/manlevato all'accordo dovrebbe risultare determinante al fine di attribuire a quest'ultimo il diritto alla prestazione indennitaria: una volta che l'identità del potenziale debitore/manlevato sia esplicitata nel contratto, per stabilire se l'amministratore abbia diritto o no a essere indennizzato, sarà necessario indagare su quella che è la reale ed effettiva volontà delle parti, atteso che il contratto a favore di terzo in senso proprio può produrre effetti nella sfera giuridica di un soggetto terzo solo qualora le parti abbiano, in prima battuta, espressamente e intenzionalmente attribuito una posizione di diritto al terzo estraneo e, in seconda battuta, abbiano previsto che tale attribuzione consegua immediatamente alla stipulazione; al contrario, nel caso in cui le parti abbiano previsto che il terzo acquirerà il diritto solo quando la prestazione verrà materialmente eseguita, gli effetti del contratto rimarranno circoscritti alla sfera giuridica dei contraenti fino al momento dell'esecuzione.

4. La manleva, l'esonero dalla responsabilità e l'esclusione degli illeciti dolosi.

Si è anticipato che uno dei possibili profili di invalidità delle clausole di manleva potrebbe derivare dai vincoli che l'art. 1229 c.c. pone per qualunque patto diretto a escludere o a limitare la responsabilità del debitore: è soprattutto

⁵³ M. SPERANZIN, *op. ult. cit.*, p. 229 s. In giurisprudenza si v. Cass., 17 dicembre 2001, n. 15891, in *Giur. it.*, 2002, p. 2166; in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 410.

⁵⁴ Si v. *supra*, cap. II, sez. I, § 5.

la giurisprudenza ad aver manifestato qualche diffidenza al riguardo⁵⁵, e forse non solo per via del fatto che le clausole in questione di regola coesistono con la rinuncia del creditore ad agire nei confronti del debitore, ma anche e soprattutto perché forte è il rischio di confondere gli effetti che il contratto di manleva produce nella sfera giuridica del manlevato (nel caso di specie, gli amministratori) con quelli dell'esonero dalla responsabilità⁵⁶. In breve, poiché le clausole di manleva spesso comprendono anche gli esborsi conseguenti all'azione dei creditori sociali (oltre che dei soci o di terzi), si potrebbe giungere a dichiarare la clausola di manleva affetta da nullità *ex art. 1229 e 1418 c.c.*, o *ex art. 1344 c.c.* perché gli amministratori, protetti da una convenzione che in sostanza esclude o limita la loro responsabilità, sarebbero liberi di agire in violazione dei loro obblighi e, quindi, in modo da pregiudicare gli interessi dei soci, dei creditori e dei terzi.

Si è già chiarito, tuttavia, che la struttura delle clausole di esonero dalla responsabilità differisce profondamente da quella di un contratto di manleva e che una clausola di questo tenore, ove inserita in un contratto di acquisizione, non opera tra il possibile debitore (cioè l'amministratore) e il creditore (sia esso la società, il creditore o il singolo socio), bensì tra il debitore e un soggetto terzo (l'acquirente della partecipazione/futuro socio), e cioè su un piano diverso,

⁵⁵ Trib. Milano, 19 dicembre 1994, *cit.*

⁵⁶ Tornano utili al riguardo le annotazioni di R. DIAMANTI, *L'esonero contrattuale del dirigente dalla responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 355, n. 1, e p. 366 s., il quale, con riferimento alla responsabilità civile *ex art. 2043*, osservava che se l'accordo fra il danneggiante e il terzo costituisce, in buona sostanza, un "patto esonerativo", non si dovrebbe, tuttavia, «confondere la relativa problematica in tema di legittimità con quella affine» riguardante le limitazioni della responsabilità civile verso i terzi danneggiati, che rimane inalterata; l'Autore richiamava, in particolare, la prassi di inserire nella maggior parte dei contratti di lavoro per l'assunzione di dirigenti «clausole esonerative dalla responsabilità civile verso terzi per fatti compiuti dal dirigente nell'esercizio delle sue funzioni, con assunzione del relativo onere risarcitorio e delle eventuali spese processuali a carico dell'azienda» (che per certi versi potrebbero essere paragonate alle clausole statutarie di indennizzo disciplinate dalla Delaware General Corporation Law). Più di recente cfr. anche F. BONELLI, *L'art. 129 legge Draghi: l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci, e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione*, in *La riforma delle società quotate*, *cit.*, p. 178 ss.

senza esercitare alcuna interferenza sulla posizione giuridica del creditore danneggiato⁵⁷.

Giova ricordare l'orientamento ribadito più volte dalla Cassazione, secondo cui, nonostante l'art. 1229, comma 1, sia diretto a «porre una remora al mal fare del debitore», i limiti imposti all'autonomia delle parti si porrebbero «come mezzo al fine che è quello della tutela del creditore»; pertanto, «[o]ve il patto non incida, attenuandola, su tale tutela, manca la ragione per fulminarlo di nullità»⁵⁸. Più precisamente, l'accordo che trasferisca sul terzo «le conseguenze economiche della responsabilità del debitore non attenta alla tutela che il legislatore ha voluto apprestare al creditore, in quanto rimangono inalterati, nei confronti di quest'ultimo, gli obblighi del debitore»⁵⁹. In una successiva occasione, poi, la Suprema Corte puntualizzò che se l'art. 1229, comma 1, c.c. risponde all'esigenza «di non consentire l'indiretta acquiescenza alla violazione di norme fondamentali per la convivenza sociale o di eliminare una remora alla colpa grave e al dolo», esso non si applica a quegli accordi con cui «si conviene

⁵⁷ F. BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 614 ss.; P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, p. 9; M. SPERANZIN, *op. ult. cit.*, p. 229 s; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *cit.*, p. 338;

⁵⁸ Cass., 18 maggio 1954, n. 1580, *cit.*

⁵⁹ Si tratta ancora di Cass., 18 maggio 1954, n. 1580, *cit.* Conf. Cass., 25 maggio 1959, n. 1542, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 1498; Cass., 17 agosto 1962, n. 2588, in *Mass. Foro it.*, 1962, c. 737; Cass., 1° giugno 1968, n. 1646, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 515 (che, sulla base degli artt. 1229, 1900 e 1917 c.c., riconosce la validità del patto «che, nei rapporti interni, consenta al responsabile di riversare su un altro soggetto, corresponsabile o meno, tutti gli oneri derivanti dalla propria responsabilità»); Cass., 27 marzo 1970, n. 844, in *Mass. Foro it.*, 1970, c. 283; Cass., 1° ottobre 1970, n. 1756, in *Foro it.*, 1970, I, c. 3079; Cass., 26 giugno 1973, n. 1853, in *Mass. Foro it.*, 1973, c. 535; Cass., 6 agosto 1974, n. 2348, in *Foro amm.*, 1975, I, 1, p. 76; Cass., 7 aprile 1976, n. 1213, in *Mass. Foro it.*, 1976, c. 259; Cass., 13 maggio 1977, n. 1896, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1344 (per cui «non rientra nel divieto dell'art. 1229 c.c. la cosiddetta "clausola di manleva", normalmente inserita nei contratti di appalto e di cessione di lavori e servizi per le ferrovie dello Stato, con la quale, lasciando ferma la responsabilità dell'amministrazione verso i dipendenti dell'appaltatore o del concessionario danneggiati dal fatto colposo dell'amministrazione stessa, si consenta tuttavia a questa di trasferire su altri, e anche sullo stesso appaltatore o concessionario, gli oneri derivanti dalla propria responsabilità»); Cass., 21 giugno 1979, n. 3445, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, p. 1511; Cass., 8 marzo 1980, n. 1543, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2539; in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1158; Cass., 23 gennaio 1982, n. 462, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 472; Cass., 29 maggio 1984, n. 3288, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 1; in *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 410; Cass., 21 novembre 1988, n. 6267, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, p. 1505; Cass., 2 marzo 1998, n. 2265, *ivi*, 1998, p. 478; Cass., 17 dicembre 2001, n. 15891, *ivi*, 2001, p. 2165.

il trasferimento ad altri dell'incidenza economica del danno, poiché un tal genere di patto non produce alcuna irresponsabilità, ma solo ne riversa le conseguenze patrimoniali su di un altro soggetto, senza violare il diritto del danneggiato»⁶⁰.

Ne discende, in primo luogo, che l'art. 1229, comma 1, c.c. non si applica ai patti di manleva, e che può considerarsi lecita anche una clausola in virtù della quale l'acquirente si obblighi a tenere indenni gli amministratori dagli oneri che potrebbero conseguire all'accertamento della loro responsabilità nei confronti dei creditori sociali *ex art. 2394 c.c.*⁶¹ o, più in generale, alla violazione con colpa grave o lieve di norme imperative⁶².

In secondo luogo, si richiede che vi sia un effettivo interesse del terzo a farsi carico delle conseguenze economiche dell'operato del debitore/potenziale danneggiante (cioè l'amministratore)⁶³. E detto interesse - si è suggerito⁶⁴ - potrebbe consistere sia nel bisogno di definire una politica gestoria conforme alle "preferenze" dei soci sia nella corretta esecuzione del contratto di acquisizione⁶⁵.

⁶⁰ Cass., 8 marzo 1980, n. 1543, *cit.* A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 44 s., ritiene, anzi, che la stipulazione di un patto di manleva possa rafforzare la posizione del creditore, il quale potrebbe in primo luogo beneficiare di un'eventuale chiamata in causa del manlevante da parte dell'amministratore convenuto. Inoltre il creditore potrebbe, da un lato, esercitare l'azione surrogatoria nell'ipotesi in cui l'amministratore (che non provveda a risarcire il danno) trascuri di proporre la domanda di manleva nei confronti del manlevante, e, dall'altro lato, potrebbe agire direttamente nei confronti del manlevante laddove la società aderisca all'accordo.

⁶¹ M. SPERANZIN, *op. ult. cit.*, p. 230, secondo cui neppure il comma 2 dell'art. 1229 c.c. (che sancisce la nullità di «qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico») deporrebbe in senso contrario, poiché il patto di manleva non elimina la responsabilità degli amministratori verso i creditori, «ma ne sposta solo l'onere economico finale»; così ragionando, però, l'Autore sembra qualificare le norme sulla responsabilità degli amministratori come norme di ordine pubblico.

⁶² Cfr. Cass., 21 novembre 1988, n. 6267, *cit.*

⁶³ L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, 1, Torino, 1999, 2° ed., p. 292, n. 18; L. DELOGU, *op. cit.*, p. 201; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 340. Si v. anche Cass., 18 maggio 1954, n. 1580, *cit.*; Cass., 13 maggio 1977, n. 1896, *cit.*; Cass., 21 novembre 1988, n. 6267, *cit.*

⁶⁴ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 340, n. 56.

⁶⁵ Si v. anche *supra*, cap. II, sez. II, § 2.

Infine, è pacifico che le parti non possano includere nella manleva le ipotesi in cui la responsabilità del manlevato derivi da fatti o atti illeciti imputabili a costui a titolo di dolo: dal combinato disposto degli artt. 1900 e 1917, comma 1, c.c., si ricava, infatti, il principio secondo cui il limite massimo alla copertura assicurativa della propria responsabilità civile coincide con l'assenza del dolo, e detto principio, che si traduce nel generale divieto di trasferire su altri le conseguenze economiche del proprio illecito doloso, si ritiene debba essere applicato anche ai contratti di manleva (in qualunque forma stipulati), sia quale principio generale dell'ordinamento⁶⁶, sia perché gli artt. 1900 e 1917 c.c. assumono, come si è avuto modo di spiegare in precedenza, «una valenza transtipica per effetto della quale fuoriescono dal contesto strettamente assicurativo nel quale sono previste, per estendere la propria operatività all'intera categoria dei contratti di rischio di cui l'assicurazione contro i danni costituisce una *species*»⁶⁷.

Sul piano operativo si è ipotizzato, quindi, che, laddove un patto di manleva si trovi a coesistere con un accordo che prevede la contestuale rinuncia del creditore ovvero del potenziale danneggiato ad agire nei confronti del debitore o dell'autore dell'illecito (ipotesi, che come si è visto, ricorre molto di frequente nei contratti per l'acquisto di una partecipazione sociale), «la tutela del creditore e la successiva ripartizione tra debitore-manlevato e manlevante del peso economico della responsabilità del primo si può articolare nelle seguenti ipotesi: 1) in caso di responsabilità del debitore-garantito per colpa non grave, e non relativa a obblighi derivanti da norme imperative, il danneggiato potrà rivolgersi direttamente al garante; 2) in caso di responsabilità del debitore-garantito per

⁶⁶ Cfr. R. DIAMANTI, *op. cit.*, p. 367; F. BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 626; ID., *Clausole di esclusione della responsabilità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403; L. DELOGU, *op. cit.*, p. 206. In giurisprudenza si v. Cass., 16 febbraio 1974, n. 434, in *Rass. avv. Stato*, 1974, I, p. 420.

⁶⁷ P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*; A. ASQUINI, *op. cit.*, p. 264. In senso contrario A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 50 s., secondo cui, qualora il patto di manleva riguardi l'attività già compiuta dagli amministratori, la garanzia potrebbe essere estesa anche all'ipotesi in cui la responsabilità derivi da una condotta dolosa, perché la condotta apparterebbe al passato e il garantito non avrebbe più la possibilità di influire sull'entità della prestazione cui il garante è tenuto; al contrario, per l'ipotesi in cui il patto di manleva riguardi l'attività futura dell'amministratore, la garanzia dovrebbe essere esclusa sia nel caso di condotta dolosa sia nel caso di condotta gravemente colposa in virtù dell'obbligo di buona fede.

colpa grave o per violazione di norme di ordine pubblico, il danneggiato potrà rivolgersi sia al garante che all'autore dell'illecito il quale, tuttavia, qualora abbia pagato potrà successivamente rivalersi in maniera integrale sul garante; 3) in caso di responsabilità dolosa, infine, il soggetto che ha subito l'illecito potrà agire unicamente nei confronti dell'autore dello stesso, il quale non potrà successivamente rivalersi sul manlevante»⁶⁸.

5. La previsione generica della garanzia. La determinatezza e determinabilità dell'oggetto e il problema dell'importo massimo garantito.

Un altro possibile profilo di invalidità del contratto di manleva riguarda, come si anticipava, la determinatezza o la determinabilità del suo oggetto.

Il problema si è posto in quanto individuare l'oggetto della manleva potrebbe non risultare agevole quando il contratto si limiti a prevedere in capo al manlevante l'obbligo di tenere indenne il manlevato da ogni onere e conseguenza derivante dalla responsabilità di quest'ultimo e, quindi, la garanzia sia prestata in termini assolutamente generici, senza specificare gli eventi da cui dovrebbe sorgere l'obbligazione riparatoria né tantomeno il *quantum* della prestazione che il manlevante si impegna a eseguire.

Con particolare riferimento alle clausole di manleva inserite in un contratto di acquisizione, parte della dottrina ha osservato che esse non comportano una disposizione del diritto al risarcimento del danno vantato dalla società nei confronti degli amministratori; pertanto, esse non dovrebbero rispettare i requisiti di specificità e determinatezza desumibili (secondo la tesi qui criticata) dal combinato disposto degli artt. 2393, ultimo comma, e 2434 c.c. Sarebbe, insomma, sufficiente che la garanzia prestata dai terzi (cioè dai soci) fosse solo determinabile, ai sensi dell'art. 1346 c.c. Nel caso della manleva, infatti, non paio-

⁶⁸ P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*

no sussistere quelle esigenze di tutela della minoranza di cui il legislatore, dettando la disciplina di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c., avrebbe voluto farsi carico, sia perché «gli accordi in esame non pregiudicano in maniera rilevante la funzione deterrente esercitata dalla responsabilità *ex art. 2392 c.c.*», sia perché «sono in ogni caso gli stessi soci che aderiscono al patto che si assumono le spese e i danni connessi all'operato degli amministratori, senza che ciò possa andare a discapito della società e della minoranza»⁶⁹.

Considerato, inoltre, che, nel caso di manleva generica, l'entità della prestazione potrebbe essere stabilita, in linea di massima, *per relationem*, sulla base dei danni che il manlevato venga condannato a risarcire una volta accertata la sua responsabilità⁷⁰, il problema della determinabilità dell'oggetto si ridurrebbe, nella sostanza, alla possibilità di individuare o meno la tipologia di comportamenti illeciti che la garanzia dovrebbe coprire⁷¹. In una simile ipotesi sarebbe, dunque, necessario, «con un accurato utilizzo degli strumenti ermeneutici, far riferimento alla complessiva operazione nella quale si innesta il contratto di rischio, al fine di verificare se, come spesso accade, nelle pieghe del regolamento contrattuale, vi siano elementi che consentono in qualche modo di ricostruire la volontà delle parti in ordine ai rischi che si intendono garantire»⁷².

Peraltro, sempre con riferimento al problema della determinatezza ovvero della determinabilità dell'oggetto della manleva, autorevole dottrina ha suggerito che il principio statuito di recente da un'importante pronuncia della Corte di cassazione⁷³, secondo cui la determinatezza dell'importo oggetto di fide-

⁶⁹ A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 340 s.

⁷⁰ G. CHINÈ, *op. cit.*, p. 654; *contra* Trib. Milano, 19 dicembre 1994, cit.

⁷¹ P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, p. 10. Su questi punti concorda anche A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 45 s., il quale, peraltro, giustamente suggerisce di non confondere il piano della determinabilità con quello della aleatorietà, giacché la prestazione del garante potrebbe essere determinata con riferimento alla prestazione, dovuta dall'amministratore garantito, nei confronti della società: la prestazione del garante sarebbe, cioè, circoscritta agli atti e ai fatti che l'amministratore ha compiuto o dovrebbe ancora compiere nell'ambito delle sue funzioni sociali.

⁷² P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.*

⁷³ Si allude a Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Contratti*, 2010, p. 373; in *Foro it.*, 2010, p. 2137; in *Giur. it.*, 2010, p. 1618, con nota di B. PETRAZZINI, *Patronage e fideiussione: una massima da definire*; in *Notariato*, 2010, p. 125; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 762, con nota di C.A. NIGRO, *La regola*

missione di cui all'art. 1938 c.c. costituisce un principio generale di ordine pubblico economico applicabile anche alla lettera di *patronage*⁷⁴, dovrebbe essere esteso a ogni forma di garanzia e, dunque, anche al contratto di manleva⁷⁵.

Secondo una delle più complete e autorevoli definizioni che ne sono state date, la lettera di *patronage* è un documento in forma epistolare «contenente dichiarazioni di oggetto e tenore di volta in volta variabile ma tutte, comunque, destinate a rassicurare il destinatario circa il buon esito dell'operazione», rilasciato «a favore di una banca per indurla ad accordare, mantenere in essere o prorogare un credito». Ed è risaputo che, nella pratica degli affari, le lettere di *patronage* hanno conosciuto un largo impiego nei gruppi di società, giacché «[l]'emittente della lettera (*patronnant*) non è la controparte della banca nei contratti di credito, ma un soggetto il cui intervento si spiega in virtù di un sottostante rapporto di diritto o di fatto che lo lega al beneficiario diretto del credito (patrocinato). Solitamente questo rapporto implica un potere di controllo: il *patronnant*, cioè, è società controllante o azionista maggioritario del patrocinato (anch'esso, in genere, una società)»⁷⁶.

Senza troppo indugiare su di un tema già oggetto di diversi studi⁷⁷, si ritiene sia sufficiente ricordare, ai fini che qui interessano, la distinzione (su cui la

dell'“importo massimo garantito” e la svalutazione delle peculiarità del *patronage*; in *Riv. giur. sarda*, 2010, p. 249, con nota di P. CORRIAS, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*.

⁷⁴ Peraltro, come osservano P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, p. 253 e C. ROBUSTELLA, *Lettere di patronage e importo massimo garantito*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 603, la parte della motivazione volta a estendere il rubricato dell'art. 1938 c.c. costituirebbe un evidente *obiter dictum* in quanto ultronea rispetto al *decisum*.

⁷⁵ G. DE NOVA, *Il carattere vincolante dei patti parasociali*, *cit.*, p. 13; A. FRANCHI, *Il contratto di manleva e la manleva verso gli amministratori*, *cit.*, p. 198; ID., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonero dalla responsabilità*, *cit.*, p. 136 s. *Contra* A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 48 ss. In giurisprudenza si v. Trib. Milano, 20 dicembre 2013, *cit.*, che, richiamando anche le norme di cui agli artt. 1882 e 1905 c.c., afferma implicitamente la nullità della manleva che non preveda un limite massimo all'impegno del manlevante; secondo il Tribunale, infatti, il legislatore non avrebbe inteso riconoscere alcuna tutela a un accordo di garanzia *omnibus* che non indichi l'importo per cui la garanzia è prestata.

⁷⁶ A. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986, p. 1.

⁷⁷ Oltre ai lavori già citati, sul tema si segnalano F. CHIOMENTI, *Le “lettere di conforto”*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 346 ss.; M. SEGNI, *La “lettre de patronage” come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 175; F. PROSPERI, *“Lettre de patronage” e mendacio bancario*, in *Banca, borsa,*

Corte di cassazione ha insistito) tra lettere di *patronage* deboli e forti: le lettere di *patronage* "deboli", si è scritto, hanno di solito contenuto informativo, giacché il soggetto definito *patronnant*, «dopo aver dichiarato di essere consapevole delle linee di credito già esistenti o in procinto di essere accordate alla patrocinata, si limita a fornire all'ente creditizio informazioni sullo stato economico, finanziario e patrimoniale di quest'ultima e, se è legato alla stessa da una relazione partecipativa di controllo, comunicherà alla banca l'entità di tale partecipazione»⁷⁸; con le lettere di *patronage* "forti", al contrario, il *patronnant* assume nei confronti dell'istituto di credito dei veri e propri obblighi giuridici che possono consistere sia in una prestazione di fare o di non fare (diretta a tutelare la banca da eventuali rischi di insolvibilità determinati da mutamenti interni all'organizzazione della società) sia in una prestazione di dare, ossia garantire il rimborso del finanziamento erogato nel caso in cui la società patrocinata risultasse inadempiente. E la dottrina non ha mancato di rilevare che in quest'ultima ipotesi il *patronage* dovrebbe essere ricondotto alle garanzie legalmente socialmente tipiche, ossia a una fideiussione, a una promessa del fatto del terzo o a una garanzia autonoma (lasciando poi all'interprete il compito di appurare se la lettera sia stata impropriamente utilizzata per produrre un effetto analogo a quelli propri delle garanzie appena elencate o se la volontà delle parti sia idonea a produrre un effetto diverso⁷⁹).

Pertanto è stata avanzata la proposta di qualificare le lettere di *patronage* forti come promesse unilaterali atipiche rilasciate con causa di garanzia⁸⁰ della cui efficacia «non v'è motivo di dubitare, posto che tali dichiarazioni, sia pure

tit. cred., 1979, I, p. 158; A. ATTI, *Il "patronage" e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico*, in *Contratto e impr.*, 1985, I, p. 879 ss.; F. MASTROPAOLO-R. TRIOLA, *Lettere di patronage*, in *I contratti di garanzia*, a cura di F. MASTROPAOLO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, Torino, 2006, II, 1672 ss.

⁷⁸ C. ROBUSTELLA, *op. cit.*, p. 608.

⁷⁹ Cfr. le osservazioni di F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, II, 3.X, Torino, 2006, 347.

⁸⁰ Cfr. F. SEVERINI, *Il patronage tra promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 67 ss.; G. CHINÈ, *La Cassazione sul patronage: una voce fuori dal coro* (nota a Cass., 27 settembre 1995, n. 10235), in *Giur. it.*, 1996, c. 737 ss.; C. ROBUSTELLA, *op. cit.*, p. 610.

con strumenti diversi da quelli propri delle garanzie personali tipiche, sono pur sempre dirette a rafforzare la protezione dei diritti del creditore e, quindi, a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»⁸¹.

Si è fatto notare, tuttavia, che, per estendere ad altri negozi di garanzia il principio di cui all'art. 1938 c.c. e, quindi, per delimitare l'impegno del garante mediante un massimale, sarebbe necessario, in assenza di indicazioni da parte del legislatore, tenere conto dei motivi sostanziali che hanno ispirato la scelta di prevedere nella fideiussione per debiti futuri l'indicazione di un tetto massimo garantito, onde verificare se la stessa *ratio* ricorra anche in altre forme di garanzia, tipiche e atipiche⁸².

Sotto questo profilo un indice può essere rinvenuto nella modifica apportata all'art. 1938 c.c. dall'art. 10 della l. 17 febbraio 1992, n. 154 (programmaticamente intitolata "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari"), con cui il legislatore è intervenuto aderendo all'orientamento dottrinale che sollecitava l'introduzione, nel settore bancario, di strumenti volti a rendere conoscibili in via preventiva i termini di un'operazione per assicurare una maggiore trasparenza dei rapporti fra la banca e i clienti, onde accordare al contraente debole una più efficace tutela⁸³. Il legislatore ha perciò imposto che la stipulazione di una polizza fideiussoria per un'obbligazione futura e condizionale preveda anche, a pena di nullità, la fissazione di un massimale oltre il quale l'operatività della garanzia è esclusa. Poiché il garante, al momento del rilascio di una fideiussione cosiddetta *omnibus*, non è in grado di conoscere né di prevedere l'ammontare della somma per cui verrà chiamato a rispondere, la

⁸¹ Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, *cit.*

⁸² C. ROBUSTELLA, *op. cit.*, p. 611.

⁸³ Cfr., per ulteriori ragguagli, P. RESCIGNO, "Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, I, p. 297 ss.; F. MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, p. 697; A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n. 154/1992*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, p. 375 ss.; M. VIALE, *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 785 ss.; N. SCOTTI GALLETTA, *La fideiussione c.d. omnibus e la disciplina della trasparenza bancaria* (nota a Cass., 15 settembre 1993, n. 9354), in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, p. 219 ss.

ratio della novella sta, innanzi tutto, nel consentire al garante di conoscere esattamente, in via preventiva, «il limite massimo della sua esposizione e, quindi, i confini della sua responsabilità»⁸⁴ (oltre che nel favorire un maggiore equilibrio nel rapporto di fideiussione). Inoltre, la previsione di un importo massimo garantito mira a «richiamare l'attenzione del garante sugli oneri che assume al fine di consentirgli una valutazione più consapevole degli stessi»⁸⁵.

Sembra, peraltro, plausibile che la necessità di limitare l'esposizione debitoria del garante possa essere avvertita non soltanto nelle garanzie accessorie⁸⁶, ma «ogni qual volta il garante si faccia carico del rischio del mancato adempimento dell'obbligazione garantita attraverso l'assunzione di impegni che abbiano come precipuo effetto quello di accrescere l'entità del patrimonio sul quale potrà trovare diretta soddisfazione l'interesse solutorio del creditore»⁸⁷. Ne consegue che, se la previsione di un massimale si fonda sull'esigenza di tutelare il garante rendendolo consapevole della sua esposizione, l'ambito di operatività dell'art. 1938 c.c. potrebbe essere esteso fino a ricomprendere anche quelle garanzie che non rientrano nello schema tipico della fideiussione, ma solo nel caso in cui una garanzia per obbligazioni future prestata senza indicare un massimale possa esporre il garante al rischio (non prevedibile al momento in cui la garanzia viene concessa) di essere chiamato a rispondere dei debiti del garantito oltre ogni ragionevole aspettativa⁸⁸.

In particolare, l'esigenza di cui si è detto potrebbe ravvisarsi anche in una garanzia autonoma «perché, sulla base dei particolari presupposti che regolano il funzionamento di tale fattispecie, il garante è tenuto a pagare, a semplice richiesta del beneficiario e senza alcuna possibilità di sollevare eccezioni rifluenti dal rapporto di base, una somma di denaro rappresentativa dell'equivalente e-

⁸⁴ C. ROBUSTELLA, *op. cit.*, p. 612.

⁸⁵ C. ROBUSTELLA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁶ P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, p. 258.

⁸⁷ C. ROBUSTELLA, *op. cit.*, p. 614.

⁸⁸ Cfr. V. BRIOLINI, *Fideiussioni omnibus non "esaurite" e legge sulla trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, I, p. 714 ss.; A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 394 ss.; C. ROBUSTELLA, *op. loc. ult. cit.*

conomico della prestazione rimasta inadempita», esponendosi così a un pregiudizio potenzialmente maggiore rispetto a quello ipotizzabile mediante il rilascio di una fideiussione⁸⁹.

Con riferimento al summenzionato principio di diritto sancito dalla Suprema Corte si è dunque eccepito che la regola del massimale di cui all'art. 1938 c.c. non potrebbe applicarsi a tutte le lettere di *patronage*, ma soltanto a quelle che producono l'effetto di trasferire sul *patronnant* il rischio derivante dal mancato raggiungimento del risultato economico cui mira l'operazione patrocinata, cioè a quelle lettere di *patronage* «attraverso cui la società emittente, assicurando che la società patrocinata pagherà, si impegna ad esonerare il finanziatore dalle perdite che dovesse subire nel caso di mancato rimborso dell'importo finanziato»⁹⁰.

Per concludere, tenuto conto delle affinità già evidenziate in precedenza fra il contratto di manleva e quello di assicurazione contro la responsabilità civile (in cui l'obbligo dell'assicuratore, com'è noto, dev'essere contenuto nei limiti di un importo predeterminato), sembra che, attraverso il ricorso all'analogia, la regola del massimale possa essere estesa anche alla manleva, perché anche questo tipo di accordo, specie se strutturato come una garanzia a prima richiesta, si presenta idoneo a produrre quegli effetti in relazione ai quali il legislatore ha ritenuto opportuna la fissazione di un importo massimo. E anche nella manleva si impone l'esigenza di indicare tale importo per rendere il garante consapevole della sua esposizione al rischio.

⁸⁹ C. ROBUSTELLA, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰ C. ROBUSTELLA, *op. cit.*, p. 616.

CONCLUSIONI

Nel corso delle varie fasi di questa indagine si è cercato, innanzi tutto, di illustrare in termini esaurienti i diversi problemi che gli studiosi hanno riscontrato nella prassi, ormai estremamente diffusa, di stipulare apposite convenzioni sulla responsabilità *ex art. 2392 c.c.* in favore degli amministratori di una società le cui partecipazioni siano oggetto di un contratto di compravendita (soprattutto se finalizzato al trasferimento del controllo).

Come si è visto, per mezzo di questi accordi il promissario venditore si propone di tutelare gli amministratori (e quindi, nella maggioranza dei casi, sé stesso) contro il rischio di una successiva rivalsa nei loro confronti, consistente in particolare nell'esercizio dell'azione sociale *ex art. 2393 c.c.*: il promissario acquirente, aderendo al patto, si obbliga, infatti, una volta divenuto socio, a votare contro un'eventuale proposta di esercitare l'azione sociale di responsabilità (o, più semplicemente, ad astenersi dal voto), a rinunciare, come espressamente consente l'art. 2393, ultimo comma, c.c., a qualsivoglia pretesa risarcitoria per eventuali danni da *mala gestio*, ovvero a garantire che la suddetta azione non verrà comunque promossa, impegnandosi a votare contro e, frequentemente, a tenere indenni gli amministratori da ogni conseguenza di natura patrimoniale derivante dalla loro responsabilità se l'azione dovesse essere esercitata dalla società o da altri soggetti cui la legge attribuisca la relativa legittimazione.

Il fenomeno in questione non interessa soltanto i (numerosi) professionisti che operano nel settore, tuttora in rapido sviluppo, delle acquisizioni societarie: negli ultimi anni il tema è stato più volte sottoposto all'esame della giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, che sulla validità di simili accordi si è pronunciata quasi sempre (almeno con riferimento alla rinuncia) in senso negativo; su queste posizioni si è attestata anche la prevalente dottrina, stimolando un dibattito che probabilmente è solo agli inizi e di cui il presente lavoro inten-

de offrire una prima (dunque inevitabilmente provvisoria) sintesi, tentando, allo stesso tempo, di trovare una collocazione sistematica all'argomento e, dove è stato possibile, di abbozzare qualche proposta interpretativa.

Come si è tentato di spiegare nel primo capitolo, su un dato sembra possa registrarsi unanime consenso, ovvero sulla qualificazione degli accordi in esame, almeno nella parte che riguarda la rinuncia, come patti parasociali e, più precisamente, come sindacati di voto il cui contenuto, che vincola esclusivamente il futuro acquirente (nonché socio *in fieri*), risulta circoscritto a un solo tipo di deliberazione (o addirittura a una singola assemblea), ossia quella in cui i soci dovranno deliberare sulla responsabilità degli amministratori.

Un'altra caratteristica dei patti in esame, però, merita attenzione: ferma la distinzione fra il piano sociale e quello parasociale, e ferma altresì l'efficacia solo *inter partes* (od "obbligatoria") dei patti parasociali, sembra plausibile ritenere che le convenzioni sulla responsabilità degli amministratori, considerando l'oggetto dell'accordo e le modalità con cui esso viene portato a esecuzione, possano avere delle indiscutibili ripercussioni sull'attività sociale e su interessi "altri" rispetto a quelli dei soggetti che sono parti dell'accordo (in primo luogo, le minoranze assembleari). Proprio tale connotazione (non diversamente da quanto era accaduto, prima che intervenisse la riforma del diritto societario, per i sindacati di voto in generale) è probabilmente la ragione dello sfavore che questi patti hanno finora incontrato nella giurisprudenza: i giudici chiamati a esprimersi sulla loro validità hanno ritenuto, infatti, in diverse occasioni, di dare in merito una risposta negativa sul presupposto, molto spesso dedotto ma poco argomentato, che tali accordi si pongano in contrasto con le norme sulla responsabilità degli amministratori (qualificate, anche dalla dottrina maggioritaria, come imperative e inderogabili) e con l'interesse sociale.

La risposta appare però più complessa e richiede una riflessione più approfondita, cui si è voluto dedicare il secondo capitolo di questa tesi.

Per la precisione, se il conflitto con l'interesse della società (a prescindere da una concezione di stampo contrattualista o istituzionalista) potrebbe non costituire un solido argomento per affermare l'invalidità di un patto che preveda la rinuncia (anche in via preventiva) all'azione sociale di responsabilità *ex art. 2393 c.c.* (non foss'altro perché l'esistenza di un conflitto d'interessi va accertata in concreto, e perché sarebbe abbastanza discutibile sostenere che nel nostro ordinamento esiste l'obbligo per il socio di esercitare il proprio diritto di voto nell'interesse della società o, da un punto di vista esattamente speculare, il divieto di votare in contrasto con tale interesse), senz'altro più sfaccettato e complesso si presenta il rapporto fra il contenuto degli accordi sulla responsabilità degli amministratori e quelle norme di diritto societario considerate imperative e, quindi, non derogabili perché poste a tutela di interessi collettivi: al pari di qualsiasi accordo frutto dell'autonomia privata, infatti, ai patti parasociali si applica innanzi tutto la disciplina generale sui contratti.

Pertanto, al fine di impostare correttamente un discorso sulla validità dei patti parasociali che abbiano per oggetto la rinuncia all'azione *ex art. 2393 c.c.* ovvero l'esonero dalla responsabilità per danni da *mala gestio*, occorre procedere lungo due linee direttive: da un lato, stabilire se questo peculiare tipo di accordi entri in conflitto con le norme di cui agli artt. 2392 e 2393 c.c. e se queste norme possano considerarsi o meno imperative, allo scopo di valutare se gli interessi che tali accordi mirano a soddisfare siano o no meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.; dall'altro, posto che un patto parasociale, come qualunque contratto, deve avere un oggetto lecito, possibile, determinato o quanto meno determinabile, è necessario verificare se e in quale misura gli accordi sulla responsabilità degli amministratori siano compatibili con le prescrizioni generali in tema di contratti.

In ogni caso, poiché la responsabilità *ex art. 2392 c.c.* è materia che interessa tutti i soci e, quindi, l'intera compagine sociale dovrebbe essere messa in condizione di poter partecipare alle relative decisioni dell'assemblea esercitan-

do il proprio diritto di voto in modo informato e consapevole, sembra ragionevole affermare (il punto è stato affrontato alla fine del primo capitolo) che, in virtù dei principi di correttezza e buona fede sui quali si fonda l'esecuzione di qualunque contratto (nella fattispecie, il contratto di società e i patti parasociali a esso collegati), gli accordi in esame, la cui esecuzione è di certo idonea a incidere sull'organizzazione sociale, debbano essere resi pubblici o almeno dichiarati in assemblea.

Funzione organizzativa, del resto, parrebbe avere la stessa disciplina sulla rinuncia all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori dettata dall'art. 2393, ultimo comma, c.c. (analizzata nella prima sezione del secondo capitolo): data la sua natura eccezionale, a dispetto della formula adottata nel testo della norma (che usa, per l'appunto, il termine "azione"), la rinuncia comporterebbe, infatti, la definitiva dismissione, in via mediata, non solo dell'iniziativa processuale, ma di un diritto sostanziale (ossia il diritto di credito vantato dalla società per il risarcimento dei danni subiti a causa di una gestione illecita); al riguardo sembra che il legislatore, onde scoraggiare intese poco trasparenti, quando non illecite, fra amministratori e soci di maggioranza a detrimento di interessi altrui, abbia voluto bilanciare l'ampia discrezionalità concessa ai primi nel gestire la società e limitare il potere dei secondi di deliberare sulla rinuncia, attribuendo a una minoranza qualificata sia il potere di opporsi a una simile decisione mediante diritto di veto sia la legittimazione a esercitare autonomamente l'azione sociale di responsabilità.

È verosimile, però, che, onde preservare l'equilibrio del rigido sistema di garanzie predisposto dalla disciplina sulla rinuncia, in ossequio alla summenzionata funzione "organizzativa", il legislatore abbia preferito - anche su questo tema verte il ragionamento svolto nel secondo capitolo - non riconoscere alla minoranza il potere di disporre del diritto al risarcimento del danno che la società avesse patito: poiché l'unica titolare del diritto di credito oggetto di rinuncia è, per l'appunto, la società stessa, la minoranza che, dopo aver promosso

un'azione nei confronti degli amministratori, decidesse di rinunciarvi o di transigervi, potrebbe farlo solo con l'approvazione dell'assemblea; vale a dire che il procedimento deliberativo regolato dall'art. 2393, ultimo comma, c.c. dovrebbe applicarsi anche alle proposte di rinuncia e transazione avanzate dalla minoranza. In questo senso, allora, le norme sulla responsabilità degli amministratori presenterebbero profili di inderogabilità, perché inderogabile sarebbe la competenza dell'assemblea a deliberare sulla rinuncia, come inderogabile è da intendersi il divieto di elevare nello statuto le aliquote indicate dagli artt. 2393, ultimo comma, e 2393-bis, commi 1 e 2, c.c. Accogliendo questa interpretazione, peraltro, le minoranze non resterebbero completamente indifese a fronte di un eventuale abuso della maggioranza, giacché nel nostro ordinamento il principio maggioritario trova un significativo temperamento nel combinato disposto degli artt. 1175, 1375, 2373 e 2377 c.c.

Tanto premesso, riesce però difficile credere che ai soci sia del tutto preclusa la possibilità di escludere o limitare in via preventiva la responsabilità degli amministratori *ex art. 2392 c.c.*: sia perché la responsabilità da gestione non sembra rientrare fra quegli elementi che contribuiscono a formare l'essenza del tipo societario, sia perché invocare l'interesse collettivo a una corretta amministrazione e al buon andamento dell'impresa sociale non permetterebbe di distinguere, nel diritto vigente, fra norme inderogabili e norme che, invece, non lo sono. Fermo quanto precisato in merito alle prerogative della minoranza in sede di delibera sulla rinuncia *ex art. 2393, ultimo comma, c.c.*, pertanto, le norme di cui agli artt. 2392 e 2393 c.c. non paiono volte a realizzare un interesse pubblico sovraordinato che le renda imperative; posto, infatti, che l'interesse della società può essere concepito come un interesse meramente privato e, di conseguenza, pienamente disponibile, perché esso si risolverebbe nell'interesse comune dei soci in quanto tali, più convincente risulta, in proposito la tesi, elaborata dalla dottrina più recente, secondo cui l'esigenza di assicurare una corretta e diligente gestione non sarebbe incompatibile con una deroga parziale alla disciplina sulla

responsabilità degli amministratori (a prescindere dalla circostanza che questa deroga sia sancita nello statuto della società o in un accordo parasociale).

Non osterebbero a questa interpretazione le previsioni in tema di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte della società, dei creditori sociali, dei singoli soci o terzi (giacché ciascuna delle azioni regolate dagli artt. 2392, 2394 e 2395 c.c. si configura come autonoma e indipendente) né quanto dispone l'art. 2409 c.c. in merito al controllo giudiziario sull'attività degli amministratori (per una più esaustiva disamina su questi punti sia consentito rinviare, di nuovo, al secondo capitolo della tesi).

Per ciò che riguarda, poi, il rapporto fra organo di gestione e assemblea, come si è osservato (sempre nel secondo capitolo), la norma di cui all'art. 2364, comma 1, n. 5) c.c. non impedirebbe ai soci di disporre in via preventiva, limitandola o escludendola, della responsabilità *ex art.* 2392 c.c., perché, anche accogliendo la tesi (qui condivisa) secondo cui tale responsabilità non sussisterebbe se l'assemblea si trovasse a deliberare su una delle materie attribuite dalla legge alla sua competenza, il riparto di funzioni fra assemblea e organo di gestione (che la riforma del 2003 ha senz'altro voluto delineare con maggior chiarezza rispetto al passato) costituirebbe un problema del tutto neutro in relazione alla validità di una clausola o di un patto con cui i soci si accordassero per rinunciare a un'eventuale, futura pretesa risarcitoria nei confronti degli amministratori. Non vi sarebbe, dunque, ragione apparente (secondo l'impostazione descritta all'inizio del terzo capitolo) di richiamare l'art. 2364, comma 1, n. 5) c.c. per sostenere che la delibera con cui la società dovesse rinunciare all'azione sociale di responsabilità avrebbe natura autorizzatoria e, quindi, che una delibera di rinuncia in via preventiva rappresenterebbe un meccanismo per eludere la norma: la competenza esclusiva in materia di gestione *ex art.* 2380-*bis*, infatti, non verrebbe intaccata, e una delibera dei soci su una materia attribuita dalla legge alla competenza dell'assemblea (che comunque presuppone la disponibilità dell'interesse protetto dagli artt. 2392 e 2393 c.c.) non avrebbe per oggetto la

dismissione di un diritto di credito, e nemmeno l'approvazione dell'operato degli amministratori, la cui responsabilità sarebbe esclusa in radice per via del fatto che una determinata decisione viene, in via del tutto eccezionale, sottratta alla loro discrezionalità.

Pertanto - ed è questo uno dei temi centrali del presente lavoro - i patti parasociali sulla responsabilità degli amministratori non potrebbero essere dichiarati invalidi per contrarietà a norme imperative, perché di per sé essi non rappresenterebbero una deroga alla disciplina dettata dagli artt. 2392 e 2393 c.c. né una sua violazione: la loro efficacia meramente "obbligatoria" non impedirebbe, infatti, a un socio estraneo al patto, a una minoranza qualificata, alla stessa assemblea o agli organi di controllo interno della società di esercitare l'azione sociale.

Tenuto conto, però, che la rinuncia, sia essa oggetto di una delibera assembleare o di un patto parasociale, integrerebbe un atto dispositivo, e più precisamente un atto unilaterale a contenuto patrimoniale, nel corso della ricerca, come si anticipava poc'anzi, è parso utile soffermarsi - e lo si è fatto nella prima sezione del secondo capitolo - sui modi in cui i concetti civilistici di causa e di oggetto, propri della disciplina generale dei contratti, possano essere applicati a questa tipologia di negozio e trasposti, con opportuni adattamenti, nel diritto societario.

Sotto questo profilo non sembrano riscontrarsi profili di incompatibilità fra l'art. 1324 c.c. e le delibere assembleari di rinuncia (sempre detto, naturalmente, che sia possibile qualificare dette delibere come atti distinti dal contratto sociale volti a esercitare l'attività d'impresa). Dunque, se è vero che la causa del contratto, nell'accezione oggi corrente, può essere definita come la sintesi degli interessi perseguiti in concreto dalle parti, e se è vero che il negozio di rinuncia sarebbe giustificabile solo nel caso in cui constasse di una causa e la dismissione del diritto fosse conforme a un interesse che l'ordinamento giuridico considera meritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.*, anche la rinuncia all'azione sociale di re-

sponsabilità nei confronti degli amministratori, i cui effetti, data la sua funzione organizzativa, si ripercuotono anche su soggetti diversi dai diretti beneficiari, dovrebbe apportare un qualche vantaggio (non necessariamente patrimoniale) alla società. In altre parole, la rinuncia all'azione sociale *ex art. 2393 c.c.* dovrebbe configurarsi come uno strumento utile a creare (o almeno a non disperdere) la redditività dell'investimento di cui ogni socio dispone. E analoghe conclusioni sembrano possano valere anche per i patti parasociali con cui il promissario acquirente di una partecipazione si impegna a non votare a favore dell'azione sociale di responsabilità o a rinunciarvi.

È quasi superfluo specificare, poi, che l'utilità di questi patti dovrebbe essere accertata caso per caso. Eppure, se si dovesse individuare nel nostro diritto societario un interesse che ne giustifichi la stipulazione, esso potrebbe corrispondere all'esigenza di agevolare la circolazione delle partecipazioni (sicché per i soci sarebbe più facile liquidare il proprio investimento) e di risolvere eventuali situazioni di stallo o di conflitto (finalità, queste, che paiono ispirare sia le norme del T.U.F. sia quelle dedicate alla durata e alla pubblicità dei patti parasociali di società non quotate). Inoltre, se si ammette che un negozio come la rinuncia possa trarre la propria utilità da un complesso di negozi giuridici collegati, il giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* potrebbe forse essere condotto ipotizzando un collegamento negoziale fra il contratto per l'acquisto della partecipazione e lo stesso patto parasociale, il contratto di società e la delibera assembleare.

La delibera di rinuncia all'azione sociale, per essere efficace, dovrebbe inoltre, ai sensi dell'*art. 1346 c.c.*, constare (questa è l'opinione nettamente prevalente, esposta nella seconda sezione del secondo capitolo) di un oggetto determinato (e non solo determinabile *per relationem*). Per avere, quindi, carattere «espresso» (secondo il dettato dell'*art. 2393*, ultimo comma, *c.c.*, letto in combinato disposto con l'*art. 2434 c.c.*), la delibera dovrebbe fare riferimento a operazioni già realizzate, specificando i singoli fatti produttivi di responsabilità, giac-

ché una rinuncia in via preventiva non metterebbe i soci nella condizione di valutare con sufficiente consapevolezza le conseguenze della loro decisione e, soprattutto, l'esistenza di un interesse a dismettere il diritto al risarcimento del danno. In quest'ordine d'idee, la delibera di rinuncia rappresenterebbe quindi uno strumento di informazione volto a garantire gli equilibri di potere fra maggioranza e minoranza. Per tutte queste ragioni (oltre a quelle già elencate), il diritto vigente non consentirebbe di stipulare una clausola o un qualsiasi accordo che esoneri gli amministratori dalla loro responsabilità per operazioni future.

La qualificazione della delibera di rinuncia come mezzo per informare i soci appare senz'altro persuasiva. Il divieto di rinunciare genericamente all'azione sociale di responsabilità, desumibile dagli artt. 2393, ultimo comma, e 2434 c.c., appare infatti diretto non tanto ad assicurare l'esatta determinatezza della pretesa risarcitoria sulla quale i soci siano chiamati a deliberare, quanto piuttosto, ad assicurare per l'appunto, una decisione informata e consapevole da parte dell'assemblea.

Ne discende, come si è cercato di spiegare verso la fine della seconda sezione del secondo capitolo, che una delibera di rinuncia (*ante factum* ovvero *post factum*) all'azione *ex art. 2393 c.c.*, una clausola di esonero o un patto parasociale che genericamente si riferisca alla responsabilità degli amministratori potrebbero essere considerati validi ed efficaci anche se il loro oggetto fosse soltanto determinabile. Inoltre, l'inciso riguardante il carattere espresso della delibera di cui all'art. 2393, ultimo comma, c.c. potrebbe essere letto nel senso che la stessa delibera, e prima ancora gli accordi sulla responsabilità degli amministratori (che, si diceva, andrebbero pubblicati), dovrebbero esplicitare la causa su cui si fonda la rinuncia allo scopo di rivelarne l'utilità, da un lato, e di integrare le informazioni trasmesse ai soci mediante il procedimento assembleare, dall'altro. Infine, onde predisporre ulteriori, idonei meccanismi informativi anche in sede extra-assembleare (obiettivo che, peraltro, traspare da diverse prescrizioni contenute nel T.U.F.) e garantire la massima trasparenza possibile, gli amministra-

tori sarebbero tenuti a rendere i soci edotti sull'oggetto della rinuncia, mentre sull'organo di controllo incomberebbe l'obbligo di assistere ai lavori dell'assemblea e, se necessario, di intervenire. Per dare pratica realizzazione al diritto di decidere consapevolmente sulla situazione giuridica oggetto di rinuncia nel contesto di un'acquisizione societaria, vi sarebbero, poi, ulteriori strumenti (cui si è fatto cenno nell'ultimo paragrafo del secondo capitolo): il promissario acquirente di una partecipazione sociale, onde scongiurare il rischio di accordi potenzialmente dannosi, può avvalersi, com'è noto, del procedimento di *due diligence*; i soci estranei alla negoziazione, invece, potrebbero chiedere delucidazioni sull'oggetto della rinuncia, oltre al rinvio dell'assemblea, e prendere visione del verbale.

Avviandosi alla chiusura del secondo capitolo si è, inoltre, precisato che, laddove in linea con l'obiettivo di assicurare che l'assemblea sia pienamente informata sull'oggetto della rinuncia all'azione *ex art. 2393*, ultimo comma, c.c., ovvero, nell'ipotesi in cui si volesse esonerare gli amministratori dalla responsabilità per il compimento di operazioni future, sulle conseguenze che da queste operazioni dovessero derivare, la scelta di limitare in via preventiva la possibilità di agire nei confronti dei membri dell'organo di gestione, sia essa consacrata in una specifica delibera, in una clausola statutaria o in un patto parasociale, non contrasterebbe neppure con il dettato dell'*art. 1229*, comma 1, c.c., perché l'assemblea (se in possesso di tutte le informazioni disponibili) si troverebbe a esercitare, appunto, in via preventiva, quel controllo che di solito avviene *ex post* in sede di discussione sulla proposta di esercitare l'azione sociale di responsabilità, e cioè nel momento in cui il creditore (la società) è chiamato a verificare se il debitore (gli amministratori) ha adempiuto con diligenza. L'esonero dalla responsabilità o la rinuncia in via preventiva (quindi non riferita a fatti già verificatisi) contenuti in un patto siglato in occasione dell'acquisto di una partecipazione sociale dovrebbero, però, essere circoscritti all'esecuzione di operazioni gestorie almeno determinabili, nel rispetto delle modalità di cui l'assem-

blea dovrebbe venire a conoscenza. Perciò, nel caso in cui il promissario acquirente della partecipazione in prima battuta, e gli altri soci in seconda battuta, non fossero sufficientemente informati, l'esonero dovrebbe essere limitato alla sola colpa lieve; in caso contrario, ove fosse stata data ampia *disclosure* agli atti che fondano la responsabilità e, quindi, i soci fossero messi in condizione di prestare un consenso informato al compimento di operazioni determinate o ragionevolmente determinabili, gli effetti dell'esonero potrebbero essere estesi anche ad atti od operazioni posti in essere con colpa grave. Risulterebbe, invece, sempre invalida la rinuncia volta a coprire comportamenti dolosi.

Si tratta, senza dubbio, di un'opzione interpretativa controversa. Eppure sembra lecito accogliere quest'orientamento richiamandosi anche a quanto prevedono gli artt. 1900 e 1917 c.c. in tema di assicurazione contro la responsabilità civile, ossia il contratto cui (come si è chiarito nel quarto capitolo) potrebbe essere assimilata la manleva che spesso accompagna i patti di rinuncia: laddove vi sia fra le parti un accordo in merito, la prestazione di una garanzia e l'esonero da responsabilità potrebbero valere anche in caso di colpa grave.

In questa ricostruzione un interessante banco di prova della tesi propugnata è offerto dall'ordinamento statunitense. Come si è ricordato, infatti, la *Delaware General Corporation Law* riconosce alle società costituite in quello Stato di inserire nel proprio statuto una clausola in forza della quale è consentito limitare o escludere la responsabilità patrimoniale degli amministratori nei confronti della società o dei suoi azionisti per eventuali violazioni del *duty of care*. Il che non ha impedito ai giudici di elaborare, a partire dal canone della *business judgment rule*, un autonomo criterio (lo *standard of entire fairness*) idoneo a valutare la condotta degli amministratori (e, quindi, la diligenza con cui essi hanno svolto le loro mansioni) laddove una determinata operazione gestoria sia contestata nel suo complesso congiuntamente alla violazione del *duty of loyalty* e nonostante lo statuto contenga una clausola di esonero (che potrebbe impedire la condanna del singolo amministratore nella sola ipotesi in cui l'azione sociale di re-

sponsabilità allegasse esclusivamente violazioni riconducibili allo *standard of care*).

Una sintetica analisi (che occupa il terzo capitolo) della più significativa casistica giurisprudenziale in materia è sembrata, quindi, utile per due motivi: in primo luogo, verificare se una clausola di esonero dalla responsabilità può rivestire una qualche utilità dal punto di vista operativo a fronte della protezione comunque offerta agli amministratori dalla *business judgment rule*; in secondo luogo, trovare conferma all'idea per cui, tramite una clausola di esonero *ex ante*, i soci non disporrebbero anche del diritto alla corretta esecuzione della prestazione cui gli amministratori sono tenuti, poiché un simile atto di disposizione avrebbe per oggetto il solo diritto al risarcimento dei danni subiti, ma non il diritto alla corretta e diligente prestazione degli amministratori. In entrambi i casi la risposta parrebbe essere positiva, precisando che le clausole di esonero costituirebbero una forma di garanzia più ampia rispetto al *safe harbor* della *business judgment rule*, perché consentirebbero di limitare o escludere la responsabilità degli amministratori anche quando questa sia imputabile esclusivamente a una lieve negligenza nel procedimento informativo adottato.

Le ragioni di un confronto con il diritto societario statunitense starebbero, insomma, nella necessità di verificare a quali risultati possa giungere un ordinamento nel quale, a differenza di quello italiano, è espressamente consentito stipulare (inserendole addirittura nello statuto della società), apposite clausole di esonero dalla responsabilità: come si è visto, la scelta compiuta dal legislatore del Delaware non si è risolta in un trattamento di favore per gli amministratori di società, specie nell'ipotesi in cui essi si trovino a operare in un contesto, come quello del lancio di un'offerta pubblica di acquisto, in cui il loro dovere primario sarebbe, secondo la giurisprudenza, massimizzare il valore dell'investimento dei soci.

Una specifica trattazione è stata infine dedicata, nel quarto capitolo, alle clausole inserite nel testo dei contratti per l'acquisto di una partecipazione tota-

litaria o rilevante con cui l'acquirente si impegna a manlevare ovvero a tenere indenni gli amministratori o il socio uscente da ogni onere risarcitorio di cui essi dovessero farsi carico in seguito all'esercizio dell'azione sociale *ex art. 2393 o 2393-bis c.c.* Con queste clausole il rischio derivante dall'accertamento di una responsabilità in capo agli amministratori verrebbe trasferito dal venditore all'acquirente in forza di un meccanismo assimilabile a quello che regola il funzionamento del contratto di assicurazione contro la responsabilità civile. Sicché la manleva potrebbe essere qualificato come contratto di rischio innominato e atipico.

Un primo problema nell'accertare la validità di questo tipo di accordi attiene l'ipotesi in cui la clausola o il contratto di manleva assuma la struttura di cui all'art. 1333 c.c. e, dunque, preveda oneri esclusivamente a carico del garante. Il problema sarebbe, cioè, appurare se, a fronte della mancanza di un corrispettivo, esista un interesse idoneo a giustificare l'accordo.

A ciò si aggiunga che sarebbe necessario verificare non solo se il contratto di manleva sia in contrasto con la previsione di cui all'art. 1229 c.c., ma anche come dovrebbero essere interpretati, considerando l'oggetto del contratto, i già menzionati concetti di determinatezza e determinabilità *ex art. 1346 c.c.*

In merito al primo di tali quesiti si potrebbe sostenere che la stipulazione di una clausola di manleva sia giustificabile se nel sopra ipotizzato collegamento negoziale fra il patto parasociale sulla responsabilità degli amministratori, la delibera sull'azione sociale di responsabilità, il contratto per l'acquisto della partecipazione e il contratto sociale possa rintracciarsi un interesse idoneo a compensare la prestazione della garanzia.

Con riferimento, invece, all'art. 1229, comma 1, c.c., si è ritenuto che tale disposizione non si applichi ai contratti di manleva: essendo, questi, degli accordi volti semplicemente a trasferire sul manlevante le conseguenze economiche della responsabilità del manlevato, essi non inciderebbero sulla tutela del creditore (tutela che il legislatore avrebbe voluto approntare con la suddetta

norma). Pertanto sarebbe lecita anche una clausola in virtù della quale il promissario acquirente della partecipazione si obblighi a tenere indenni gli amministratori dagli oneri risarcitori che potrebbero conseguire all'accertamento della loro responsabilità *ex art. 2394 c.c.* nei confronti dei creditori sociali o dalla violazione con colpa grave o lieve di norme imperative. Gli effetti della manleva non potrebbero essere estesi alle ipotesi in cui la responsabilità del manlevato derivi da fatti o atti illeciti imputabili a dolo. E sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto sembra degna di essere condivisa la tesi secondo cui la regola del massimale di cui all'*art. 1938 c.c.*, che impone di determinare l'importo oggetto di fideiussione, sarebbe un principio di ordine pubblico economico applicabile a ogni forma di garanzia e, dunque, anche alla manleva, che verosimilmente pone l'esigenza di indicare un importo determinato per rendere il garante consapevole della sua esposizione al rischio.

In estrema sintesi, si è dimostrato che i patti parasociali sulla responsabilità degli amministratori stipulati nell'ambito di un'acquisizione societaria, anche nel caso in cui prevedano la rinuncia in via preventiva all'azione sociale, non debbano essere considerati in sé e per sé invalidi. Poiché molto dipende dalle circostanze in cui l'accordo è negoziato, nel valutarne la liceità non si potrebbe prescindere da un attento controllo su quelli che sono gli interessi in concreto perseguiti dalle parti: rilievo centrale sembra acquistare, di conseguenza, il giudizio di meritevolezza di cui all'*art. 1322 c.c.* A contribuire alla loro validità opererebbe inoltre la loro conoscibilità, in ossequio ai principi che informano la disciplina sui patti parasociali e sulla rinuncia all'azione sociale di responsabilità: nel diritto vigente non mancano, infatti, riferimenti normativi su cui si fonderebbe l'obbligo, per chi stipula questo tipo di accordi e vi aderisce, di assicurare alla minoranza e, più in generale, agli azionisti, ogni informazione utile a monitorare il governo della società e a esprimersi in merito. Il che potrebbe tradursi in una maggiore responsabilizzazione sia degli amministratori (il cui operato sarebbe soggetto a una più stretta vigilanza) sia dei soci, almeno per quan-

to concerne l'esercizio del diritto di voto (in un'ottica di valorizzazione del proprio investimento). I patti parasociali sulla responsabilità degli amministratori, infatti, se conformi alle prescrizioni normative di cui si diceva (e, quindi, non usati come scudo per blindare e occultare illeciti scambi di favori fra maggioranza e organo di gestione), potrebbero forse rappresentare uno strumento idoneo ad agevolare la circolazione delle partecipazioni sociali, ad assicurare la stabilità del governo societario, a risolvere situazioni di conflitto, a salvaguardare la reputazione della società e, in definitiva, a tutelare lo stesso interesse sociale.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, Torino, 1997.
- P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975.
- P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, III, 1, Torino, 1994, p. 1 ss.
- P. ABBADESSA, *Il nuovo ruolo dell'assemblea nella società per azioni*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso il nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, a cura di P. BENAZZO-F. GHEZZI-S. PATRIARCA, Bologna, 2002, p. 163 ss.
- P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 542 ss.
- P. ABBADESSA, *Le azioni a voto plurimo: profili di disciplina*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano, 2015, p. 3 ss.
- L. ABETE, *Le gravi irregolarità nel novellato testo dell'art. 2409 c.c.: brevi riflessioni*, in *Società*, 2004, p. 1475 ss.
- N. ABRIANI, sub art. 2380-bis, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 669 ss.
- F. ACCETTELLA, *Il "nuovo" controllo giudiziario: presupposti oggettivi ed interessi tutelati* (nota a Trib. Napoli, 22 giugno 2004), in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 955 ss.
- G. ACERBI, *Gli amministratori di società per azioni di fronte al trasferimento del controllo: problemi e proposte di soluzione*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 281 ss.
- S. ALAGNA, *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 2005.
- A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.
- M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948.

- V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979.
- W.T. ALLEN-J.B. JACOBS-L.E. STRINE, *Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and Its Progeny as a Standard of Review Problem*, *Nw U. L. Rev.*, 2002, 96, p. 449 ss.
- G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 541 ss.
- G. ALPA-A. SACCOMANNI, *Procedure negoziali, due diligence e memorandum informativi*, in *Contratti*, 2007, p. 267 ss.
- S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, p. 293 ss.
- S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, III, Torino, 2007, p. 27 ss.
- C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XVI, Torino, 1985, p. 227 ss.
- C. ANGELICI, *Note in tema di informazione societaria*, in *La riforma delle società quotate*, a cura di F. BONELLI-V. BUONOCORE-F. CORSI-R. COSTI-P. FERRO-LUZZI-A. GAMBINO-P.G. JAEGER-A. PATRONI GRIFFI, Milano, 1998, p. 249 ss.
- C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO-G. B. PORTALE, I, 1, Torino, 2004, p. 99 ss.
- C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 675 ss. e in ID., *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 279 ss.
- C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 2° ed.

- C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, I, Torino, 2007, p. 3 ss.
- C. ANGELICI, *La società per azioni e gli "altri"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Milano, 2010, p. 45 ss.
- C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012.
- C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *La responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, a cura di C. AMATUCCI, Milano, 2014, p. 1 ss.
- C. ANGELICI, *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, p. 111 ss.
- C. ANGELICI-M. LIBERTINI, *Un dialogo su voto plurimo e diritto di recesso*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 1 ss.
- A. ANGELILLIS-G. SANDRELLI, sub art. 2476, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, 2008, p. 665 ss.
- WILLIAM W. BRATTON, *Rules, Principles, and the Accountinh Crisi in the United States*, in *After Enron: Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and in the U.S.*, edited by J. ARMOUR-J.A. MCCAHERI, Oxford, 2006, p. 265 ss.
- T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 169 ss.
- T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 1145 ss.
- T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, I, p. 351 ss.

- A. ASQUINI, *Il dolo dei dipendenti dell'assicurato nella assicurazione della responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 1959, I, p. 253 s.
- F. ASTONE, *Impugnativa di bilancio e divieto di venire contra factum proprium* (nota a Cass., 11 dicembre 2000, n. 15592), in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 209 ss.
- A. ATTI, *Il "patronage" e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico*, in *Contratto e impr.*, 1985, I, p. 879 ss.
- F. ATZERI VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1915.
- F. AULETTA, sub art. 2393-bis, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI-V. SANTORO, I, 1, Torino, 2003, p. 485 ss.
- G. AULETTA, *Limitazioni di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, I, p. 180 ss.
- M. AVAGLIANO, *Le clausole che limitano o escludono la circolazione di azioni e di partecipazioni: tra norme statutarie e patti parasociali*, in *Le acquisizioni societarie*, opera diretta da M. IRRERA, Bologna-Roma, 2011, p. 355 ss.
- A. BADINI CONFALONIERI, *I patti parasociali*, in *La s.p.a. Profili comparatistici. La costituzione*, in *Le nuove s.p.a.*, trattato diretto da O. CAGNASSO-L. PANZANI, Bologna, 2013, p. 773 ss.
- S.M. BAINBRIDGE, *Redirecting State Takeover Laws at Proxy Contests*, in *Wisconsin L. Rev.*, 1992, 4, p. 1041 ss.
- S.M. BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, in *Vand. L. Rev.*, 2004, 57, p. 83 ss.
- S.M. BAINBRIDGE, *The Geography of Revlon-Land*, in *Fordham L. Rev.*, 2012-2013, 81, p. 3277 ss.
- S.M. BAINBRIDGE, *Corporate Law*, New York, 2009, 2° ed.
- S.M. BAINBRIDGE-S. LOPEZ-B. OKLAN, *The Convergence of Good Faith and Oversight*, in *UCLA L. Rev.*, 2008, 55, p. 559 ss.
- G. BALBI, *Atti dell'assemblea su materie di competenza degli amministratori: deliberazioni o pareri?*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 455 ss.

- R.F. BALOTTI-J.J. HANKS, *Rejudging the Business Judgment Rule*, in *Business Lawyer*, 1993, 48, p. 1337 ss.
- A. BALSAMO-C. MALTESE, *Responsabilità degli amministratori: parametri del controllo giudiziale* (nota a Trib. Milano, 10 giugno 2004), in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 6, p. 80 ss.
- M. BALZANO, *Sulla validità di accordi parasociali di voto* (nota a Cass., 9 giugno 1994, n. 7030), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 100 ss.
- P. BALZARINI, *Note in tema di deroghe statutarie al regime legale dell'assemblea ordinaria di seconda convocazione*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 569 ss.
- F. BARACHINI, *L'art. 130 del T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: i nuovi confini del diritto di informazione del socio*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 690 ss.
- A. BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Il contratto in generale*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI-P. RESCIGNO, coordinato a A. ZOPPINI, III, 2, Milano, 2009, p. 963 ss.
- D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955.
- M. C. BARTESAGHI, *Gli amministratori*, in *Società per azioni*, in *Diritto e realtà*, collana diretta da E. ZANELLI, Torino, 1994, p. 143 ss.
- G. BATTISTI, *Note in tema di manleva, divieto, rinuncia e "scarico" dell'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c.* (nota a Trib. Milano, 10 febbraio 2000), in *Foro pad.*, 2000, p. 91 ss.
- L. BEBCHUK, *The Case for Facilitaiting Competing Tender Offers*, in *Harv. L. Rev.*, 1982, 95, p. 1028 ss.
- L. BEBCHUK, *The Case for Facilitaiting Competing Tender Offers: A Reply and Extension*, in *Stan. L. Rev.*, 1982, 35, p. 23 ss.
- L. BEBCHUK, *Federalism and the Corporation: The Desiderable Limits on State Competition in Corporate Law*, in *Harvard L. Rev.*, 1992, 105, p. 1435 ss.
- U. BELVISO, *L'informazione dei soci nelle società con azioni quotate (art. 130 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 828 ss.

- F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971.
- F. BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, I, p. 614 ss.
- L. BENATTI, sub *art. 2463-bis*, in A.L. SANTINI-L.SALVATORE-L. BENATTI-M.G. PAOLUCCI, *Società a responsabilità limitata (Artt. 2462-2483)*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2014, p. 192 ss.
- P. BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Padova, 1992.
- R. BERNABAI, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2005, p. 215 ss.
- M. BERNARDINI, *Rivisitando la giurisprudenza sui sindacati di voto*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 716 ss.
- M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.
- M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 323 ss.
- M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, IV, p. 1327 ss.
- M. BESSONE, *Causa tipica e "motivo" del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1098 ss.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (rist.).
- C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (Art. 1218-1229)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993.
- L.A. BIANCHI, *Le tecniche di difesa dalle scalate nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 506 ss.

- L.A. BIANCHI, *Recenti pronunce negli Usa sulle tattiche di difesa dalle scalate*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 629 s.
- E. BOCCHINI, *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, 2011, 2° ed., Padova, 2011.
- M. BODELLINI, *Ancora sui criteri di accertamento e di valutazione della condotta degli amministratori* (nota a Trib. Milano, 14 gennaio 2010), in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1187 ss.
- F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, IV, Torino, 1991, p. 321 ss.
- F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992.
- F. BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 219 ss.
- F. BONELLI, *L'art. 129 legge Draghi: l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci, e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione*, in *La riforma delle società quotate*, a cura di F. BONELLI-V. BUONOCORE-F. CORSI-R. COSTI-P. FERRO-LUZZI-A. GAMBINO-P.G. JAEGER-A. PATRONI GRIFFI, Milano, 1998, 151 ss.
- F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Milano, 2013.
- A. BORGIOLO, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975.
- A. BORGIOLO, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 703
- A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982.
- A. BOZZI, voce "Rinuncia (diritto pubblico e privato)" in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1140 ss.
- M. BRADLEY-C.A. SCHIPANI, *The Relevance of the Duty of Care Standard in Corporate Governance*, *Iowa L. Rev.*, 1989-90, 75, p. 1 ss.

- L. BRAGOLI, *La due diligence legale nell'ambito delle operazioni di acquisizione*, in *Contratti*, 2007, p. 1125 ss.
- L. BRAGOLI, *La due diligence legale e i suoi riflessi contrattuali*, in *Le acquisizioni societarie*, opera diretta da M. IRRERA, Bologna, 2011, p. 61 ss.
- U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISSERRE, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, Torino, 1999, p. 3 ss.
- M.C. BREIDA, sub art. 2409-decies, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, II, Bologna, 2004, p. 1133 ss.
- C.M. BRUNER, *Good Faith, State of Mind, and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2006, 41, p. 1131 ss.
- C.M. BRUNER, *Good faith in Revlon-Land*, *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 2010-2011, 55, p. 581 ss.
- A. BRUNETTI, *Società per azioni*, in ID., *Trattato del diritto delle società*, II, Milano, 1948.
- V. BUONOCORE-V. CALANDRA BONAURA-F. CORSI-R. COSTI-A. GAMBINO-P.G. JAEGER, *Un revirement della Cassazione in materia di sindacati di voto?* (nota a Cass., 20 settembre 1995, n. 9975), in *Giur. comm.*, 1997, II, 50 ss.
- A. BUSANI, *La nuova società a responsabilità semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10mila euro*, in *Società*, 2013, p. 1069 ss.
- A. BUSANI-M. SAGLIOCCA, *Le azioni non si contano ma si "pesano": superato il principio one share one vote con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato*, in *Società*, 2014, p. 1048 ss.
- M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 cod. civ.*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1212 ss.
- M. BUSSOLETTI-P. DE BIASI, sub art. 2429 c.c., in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, p. 1062 ss.
- L. BUTTARO, *Recensione ad ALESSANDRO GRAZIANI, "Diritto delle società"*, Napoli, 1960, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1960, p. 298 ss.

- L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, 1, Torino, 1999, 2° ed., p. 287 ss.
- G. CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002.
- O. CAGNASSO, sub art. 2476, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, II, Bologna, 2004, p. 1875 ss.
- O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, V, 1, Padova, 2007.
- O. CAGNASSO, *Una nuovissima s.r.l.?*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, p. 1 ss.
- V. CALANDRA BONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985.
- V. CALANDRA BONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 535 ss.
- V. CALANDRA BONAURA, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 526 ss.
- V. CALANDRA BONAURA-A.L. BONAFINI, *Società per azioni. Amministrazione e rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 5 ss.
- F. CAMILLETI, *Convenzioni di voto e conflitto di interessi* (nota a Cass., 27 luglio 1994, n. 7030), in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 103 ss.
- G.F. CAMPOBASSO, voce "Accollo", in *Enc. giur. Treccani*, 1988, p. 1 ss.
- G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2013.
- G. CANALE, *Il "nuovo" procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (Numero speciale: "Diritto e processo commerciale"), 2005, p. 71 ss.
- A.D. CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea della società per azioni*, Milano, 1942.
- A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993.
- G. CARBONE, *Le convenzioni di voto e la teoria generale del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 49 ss.

- L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949.
- U. CARNEVALI, *Clausola di esonero da responsabilità e onere della prova* (nota a Cass., 10 settembre 1999, n. 9602), in *Contratti*, 2000, p. 7 ss.
- U. CARNEVALI, *Prodotti difettosi, pluralità di produttori e disciplina dei rapporti interni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 646 ss.
- L. CARRARO, voce "Dichiarazione recettizia", in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino p. 597 ss.
- F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1987.
- WILLIAM L. CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, in *Yale L.J.*, 1974, 83, p. 663 ss.
- S. CASSANI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova* (nota a Trib. Milano, 24 agosto 2011), in *Società*, 2012, p. 496 ss.
- M. CASTIGLIONI, *Brevi note in materia di insindacabilità delle scelte gestionali degli amministratori e di onere della prova nell'azione sociale di responsabilità* (nota a Cass., 16 gennaio 2012, n. 434), in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 1206 ss.
- D. CATERINO, *Incidenza sulla struttura societaria ed illiceità dell'organizzazione parastatale nei patti di sindacato: il caso AMEF-Mondadori*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 847 ss.
- R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione di responsabilità civile*, in *Responsabilità e assicurazione*, a cura di R. CAVALLO BORGIA, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, XXI, Milano, 2007, p. 3 ss.
- G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità (Artt. 1228-1229)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2003.
- M. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 309 ss.
- M. CERA, *I controlli nelle società di capitali "chiuse" fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 354 ss.

- A. CERRAI-A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1 ss.
- E. CERVIO, *Patti parasociali e tutela d'urgenza* (nota a Trib. Genova, 8 luglio 2004), in *Contratti*, 2005, p. 337 ss.
- A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003.
- F. CHIAPPETTA, *Finanziamento della società per azioni e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 668 ss.
- G. CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità* (nota a Cass., 27 aprile 1995, n. 4645), in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1095 ss.
- G. CHINÈ, *Promessa di manleva e responsabilità dell'amministratore di società di capitali* (nota a Trib. Milano, 19 dicembre 1994), in *Gius*, 1995, p. 651 ss.
- G. CHINÈ, *La Cassazione sul patronage: una voce fuori dal coro* (nota a Cass., 27 settembre 1995, n. 10235), in *Giur. it.*, 1996, c. 737 ss.
- F. CHIOMENTI, *Le "lettere di conforto"*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 346 ss.
- F. CHIOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1989.
- V.V. CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, Milano, 2008
- G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, p. 1 ss.
- G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1906.
- G. CIAN, *"Lata culpa dolo equiparatur"*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 148 ss.
- M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003.
- M. CIAN, *Capitale, proprietà, controlli: un nuovo "restyling" per le società di capitali* (in margine alle modifiche al codice civile introdotte dal D.L. n. 91/2014., conv. con legge n. 116/2014), in *Studium Iuris*, 2014, 11, p. 1258 ss.
- R. CICALA, voce *"Accollo"*, *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 282 ss.
- N. CIOCCA, *Patti parasociali e rinuncia all'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori uscenti* (nota a Cass., 28 aprile 2010, n. 10215), in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, II, p. 141 ss.

- E. CIVERRA, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità degli amministratori (nota a Trib. Milano, 2 dicembre 2005)*, in *Società*, 2006, p. 1528 ss.
- J. COFFEE, JR., *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, in *Columbia L. Rev.*, 1989, 89, p. 1618 ss.
- C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999.
- C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012.
- C. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005.
- D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971.
- D. CORAPI, *La riforma italiana delle società di capitali: modelli continentali, modelli di common law e modello comunitario*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, p. 75 ss.
- D. CORRADO, sub art. 2434, in *Obbligazioni. Bilancio*, a cura di M. NOTARI-L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2005, p. 651 ss.
- D. CORRADO, sub art. 2479-ter, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2008, p. 1027 ss.
- P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006.
- P. CORRIAS, voce "Manleva (Patto di)", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007.
- P. CORRIAS, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito (nota a Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520)* in *Riv. giur. sarda*, 2010, p. 253 ss.
- F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974.
- M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006.
- G. COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari: profili processuali*, in *Società*, 2007, p. 207 ss.
- M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981.
- R. COSTI, *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 65 ss.

- R. COSTI, *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969.
- R. COSTI, *I patti parasociali*, in *La riforma delle società quotate*, a cura di F. BONELLI-V. BUONOCORE-F. CORSI-R. COSTI-P. FERRO-LUZZI-A. GAMBINO-P.G. JAEGER-A. PATRONI GRIFFI, Milano, 1998, p. 115 ss.
- R. COSTI, *La Cassazione e i sindacati di voto: tra dogmi e "natura delle cose"* (nota a Cass., 23 novembre 2001, n. 14865), in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 671 ss.
- R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 200 ss.
- R. COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in *La responsabilità dell'impresa*, Milano, 2006, p. 83 ss.
- R. COSTI, *Sociale e parasociale: una distinzione problematica?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (Numero speciale: "I patti parasociali"), 2014, p. 15 ss.
- G. COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958.
- G. COTTINO, *Anche la giurisprudenza canonizza i sindacati di voto?* (nota a Cass., 20 settembre 1995, n. 9975), in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 164 ss.
- G. COTTINO, *I sindacati azionari: un problema interpretativo*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, IV, Napoli, 1997, p. 205 ss.
- G. COTTINO, nota a Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Giur. it.*, 2002, p. 546 ss.
- G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 693 ss. e in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, 1, Milano, 2005, p. 2225 ss.
- G. COTTINO, *Patti parasociali: la Cassazione puntualizza* (nota a Cass., 18 luglio 2007, n. 15963), in *Giur. it.*, 2007, p. 2756 ss.
- V. CRESTA, *Accordi parasociali in tema di esercizio dell'azione sociale di responsabilità*, su http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/dircom.htm.
- A. DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *A.G.E.*, 2003, p. 183 ss.

- E. DALMOTTO, sub *artt. 2393 e 2393-bis*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, Bologna, 2004, I, p. 784 ss.
- F. D'ALESSANDRO, *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal codice civile*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1996, p. 221 ss. e in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, II, Milano, 1997, p. 703 ss.
- F. D'ALESSANDRO, *Un nuovo ruolo per l'assemblea nella società per azioni*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso il nuovo diritto societario. Contributi per il dibattito*, a cura di P. BENAZZO-F. GHEZZI-S. PATRIARCA, Bologna, 2002, p. 153 ss.
- F. D'ALESSANDRO, "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, I, p. 34 ss.
- F. D'ALESSANDRO, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma societaria*, in *La società per azioni oggi*, a cura di P. BALZARINI-G. CARCANO-M. VENTORUZZO, II, Milano, 2007, p. 719 ss.
- G. D'AMICO, voce "Nullità non testuale", in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 798 ss.
- A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali (Artt. 1987-1991)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996.
- A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1938.
- A. DE GREGORIO, *Note sul diritto di informazione dell'azionista*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 634 ss.
- G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939.
- G. DELL'ATTI, *Note a margine in materia di rinuncia all'azione sociale di responsabilità nelle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 755 ss.
- G. DELL'ATTI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, 2012.
- L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000.

- M. DELUCCHI, *Nullità della rinuncia e transazione dell'azione ex art. 2393 senza previa deliberazione assembleare* (nota a Cass., 1° ottobre 1999, n. 10869), in *Società*, 2000, p. 433 ss.
- F. DE MARCO, *Osservazioni in tema di sindacati azionari* (nota a Cass., 19 febbraio 1954, n. 442), in *Giur. Cass. civ.*, 1954, IV, p. 311 ss.
- B. DEMOTT, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, in *Duke L.J.*, 1988, p. 879 ss.
- A. DE NICOLA, sub art. 2380-bis, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, p. 79 ss.
- G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss.
- G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011.
- G. DE NOVA, *Il carattere vincolante dei patti parasociali* (Numero speciale: "I patti parasociali"), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1 ss.
- F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973.
- F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema "contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 480 ss.
- E. DESANA, *Opa e tecniche di difesa. Dalle misure difensive "successive" a quelle "preventive"*, Milano, 2003.
- E. DESANA, nota a Cass., 7 luglio 2011, n. 14963, in *Giur. it.*, 2012, p. 1074 ss.
- V. DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 57 ss.
- S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 286 ss.
- R. DIAMANTI, *L'esonero contrattuale del dirigente dalla responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 355 ss.

- C. DI BITONTO, *Inammissibilità della revoca giudiziale definitiva degli amministratori* (nota a Trib. Napoli, 20 ottobre 2005), in *Società*, 2006, p. 630 ss.
- C. DI DONATO, *Convenzioni di voto e azione di responsabilità nei confronti degli amministratori* (nota a Cass., 28 aprile 2010, n. 10215), in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 826 ss.
- F. DI GIROLAMO, *Regola di giudizio imprenditoriale e conto corrente ordinario, con una premessa sull'oggetto sociale* (nota a Trib. Napoli, 20 giugno 2008), in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 1187 ss.
- A. DI MAJO, voce "*Causa del negozio giuridico*", in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1978.
- C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 279 ss.
- C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli, 1992.
- F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.
- A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n. 154/1992*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, p. 375 ss.
- V. DONATIVI, sub art. 2341-bis, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, 2004, p. 155 ss.
- F.H. EASTERBROOK-D.R. FISCHER, *The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer*, in *Harv. L. Rev.*, 1981, 94, p. 1161 ss.
- F.H. EASTERBROOK-D.R. FISCHER, *Auctions and Sunk Costs in Tender Offers*, in *Stan. L. Rev.*, 1982, 35, p. 1 ss.
- F.H. EASTERBROOK-D.R. FISCHER, *Corporate Control Transactions*, in *Yale L. J.*, 1982, 91, p. 698 ss.
- F.H. EASTERBROOK-D.R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, 1996.

- M.A. EISENBERG, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, in *U. Pitt. L. Rev.*, 1989-1990, 51, p. 945 ss.
- M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 617 ss.
- M.A. EISENBERG, *The Board of Directors and Internal Control*, in *Cardozo L. Rev.*, 1997-1998, 19, p. 237 ss.
- L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000.
- L. ENRIQUES, *Diritto societario statunitense e diritto societario italiano: in weiter Ferne, so nah*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 274 ss.
- L. ENRIQUES-F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 859 ss.
- A. FABRIZIO, *Questioni in tema di azione di responsabilità da parte del curatore* (nota a Trib. Ivrea, 29 gennaio 2004), in *Società*, 2004, p. 1566 ss.
- L.M. FAIRFAX, *Government Governance and the Need to Reconcile Government Regulation with Board Fiduciary Duties*, in *Minn. L. Rev.*, 2011, 95, p. 1692 ss.
- F. FANTI, *La responsabilità degli amministratori nei confronti di creditori di s.r.l. fallite* (nota a Trib. Milano, 28 novembre 2005), in *Società*, 2007, p. 70 ss.
- L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987.
- L. FARENGA, *Spunti ricostruttivi in tema di prelazione convenzionale societaria* (nota ad App. Milano, 7 febbraio 1989), in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, p. 267 ss.
- L. FARENGA, *Sindacato di voto, "sindacato del giudice" e "coercizione" dell'esercizio del voto in assemblea*, in *Giur. comm.*, 1990, II, 145 ss.
- L. FARENGA, *Patti parasociali*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1995, XI, p. 12 ss.
- G. FAUCEGLIA, sub art. 146, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto A. JORIO, coordinato da M. FABIANI, II, Bologna, 2007, p. 2139 ss.

- F. FELICETTI, *Del contratto del socio a favore della società* (nota a Cass., 10 aprile 1965, n. 635), in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, p. 5 ss.
- G. FERRANDO, voce "Motivi", in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.
- G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 233 ss.
- F. FERRARA, *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, p. 281 ss.
- G. FERRARINI, *Valore per gli azionisti e governo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, I, p. 462 ss.
- E. FERRERO, voce "Dichiarazione recettizia", in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 353 ss.
- G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, X, 3, 3° ed., Torino, 1987.
- G. FERRI, *Validità dei sindacati azionari di amministrazione*, in *Scritti giuridici*, III, 1, Napoli, 1990, p. 552 ss.
- G. FERRI, JR., *Il "rinvio" dell'assemblea*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 704 ss.
- G. FERRI JR., *La società a responsabilità limitata semplificata e la società a responsabilità limitata a capitale ridotto. Prime osservazioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Torino, 2014, p. 1727 ss.
- G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.
- G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 127 ss.
- G.B. FERRI, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *ID.*, *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994, p. 339 ss.
- G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 367 ss.

- P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1971.
- P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla Riforma; I: La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 673 ss.
- P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 309 ss.
- F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, II, 3.X, Torino, 2006.
- C. FIENGO, *Convenzioni parasociali di rinuncia all'azione sociale di responsabilità*, in *Giur. comm.* (nota a Cass., 28 aprile 2010, n. 10215), 2010, II, p. 811 ss.
- M. FIERRO, sub art. 130, in *Testo Unico della Finanza. Commentario*, diretto da G.F. CAMPOBASSO, II, Torino, 2002, p. 1075 ss.
- P. FIORIO, sub artt. 2341-bis e 2341-ter, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, Bologna, 2004, I, p. 132 ss.
- P. FIORIO, *I patti parasociali*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, Bologna, 2009, p. 67 ss.
- J. FISCH, *The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters*, *University of Cincinnati L. Rev.*, 2000, 68, p. 1061 ss.
- D.R. FISCHEL, *The Business Judgment Rule and The Trans Union Case*, in *Bus. Law.*, 1985, 40, p. 1437 ss.
- C. FONTANA, *Brevi note in tema di "efficacia" dei patti parasociali dopo la riforma* (nota a Trib. Genova, 8 luglio 2004, p. 1427), in *Vita not.*, 2004, II, p. 1427 ss.
- S. FORTUNATO, *Le azioni sociali di responsabilità*, relazione tenuta presso l'Università di Saragozza nell'ambito del convegno "Dialoghi europei sulla convergenza nelle regole e pratiche del diritto commerciale" (2-3 ottobre 2008).

- M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione - Mandato di credito (Art. 1936-1959)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1968.
- A. FRANCHI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 724 ss.
- A. FRANCHI, *Il contratto di manleva e la manleva verso gli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 187 ss.
- A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonero dalla responsabilità*, Milano, 2014.
- M. FRANZONI, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XIX, Padova, 1994.
- M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, trattato diretto da F. GALGANO, Torino, 2002.
- G. FRÈ, sub art. 2392, in G. FRÈ-G. SBISÀ, *Della società per azioni. Tomo I (Art. 2325-2409)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1997, p. 836 ss.
- A. FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore (nota a Cass., 23 marzo 2004, n. 5718)*, in *Società*, 2004, p. 1519 ss.
- F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 553 ss.
- F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, VII, Padova, 1988.
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2002.
- F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2015.

- F. GALGANO-R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 1, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXIX, Padova, 2006, 3° ed.
- A. GAMBINO, *Fideiussione, fideiussio indemnitis e polizze fideiussorie* (nota ad App. Roma, 23 marzo 1959), in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 57 ss.
- A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964.
- A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987.
- A.E. GARFIELD, *Evaluating State Anti-Takeover Legislation: A Broadminded New Approach to Corporation Law or "A Race to the Bottom"?*, in *Columbia Bus. L. Rev.*, 1990, p. 119 ss.
- C. GARILLI, *L'azione sociale di responsabilità nei confronti dei consiglieri di sorveglianza*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 350 ss.
- C. GENNARO, *Tipologie di due diligence: criteri di classificazione*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 20, p. 20 ss.
- A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 1407 ss.
- F. GHEZZI, *I "doveri fiduciari" degli amministratori nei "Principles of Corporate Governance"*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 465 ss.
- G. GIACOBBE, sub art. 1273, in G. GIACOBBE-D. GIACOBBE *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo (Art. 1268-1276)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1992, p. 88 ss.
- G. GIACOMA-M. SARTORI-A. STESURI, *Due diligence. Analisi contabile, fiscale e legale*, Milano, 2007.
- C. GIANATTASIO, *Ancora in tema di denuncia al tribunale per gravi irregolarità degli amministratori e dei sindaci* (nota ad App. Bologna, 3 giugno 1959), in *Foro pad.*, 1960, c. 211 ss.

- D. GIANTI, *Responsabilità degli amministratori per mera violazione del dovere di diligenza* (nota a Cass., 12 agosto 2009, n. 18231), in *Danno e resp.*, 2010, p. 467 ss.
- R.J. GILSON, *A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers*, in *Stan. L. Rev.*, 1981, 33, p. 819 ss.
- R.J. GILSON, *Seeking Competitive Bids versus Pure Passivity in Tender Offer Defense*, in *Stan. L. Rev.*, 1982, 35, p. 51 ss.
- M. GIORGIANNI, voce "Causa (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.
- M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975
- G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999.
- G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 11 ss.
- A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999.
- ANDREW S. GOLD, *A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty*, in *Md. L. Rev.*, 2006-2007, 66, p. 398 ss.
- ANDREW S. GOLD, *The New Concept of Loyalty in Corporate Law*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 2009-2010, 43, p. 457 ss.
- G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico (a proposito di un recente libro)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 1497 ss.
- R. GRANTHAM, *The Content of the Directors' Duty of Loyalty*, in *J. Bus. Law*, 1993, p. 149 ss.
- S.J. GRIFFITH, *Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence*, in *Duke L. J.*, 2005, 55, p. 1 ss.
- A. GRISSINI, *Sulla definizione di collegamento contrattuale* (nota a Cass., 25 agosto 1998, n. 8410), in *Contratti*, 1999, p. 340 ss.
- A. GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società. Le offerte pubbliche in Italia e negli USA*, Milano, 2007.

- A. GUARNIERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.* (nota Cass., 2 aprile 1975, n. 2578), in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 263 ss.
- F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991.
- F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 181 ss.
- F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004.
- F. GUERRERA, *Il verbale di assemblea*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 91 ss.
- G. GUERRIERI, sub art. 2377, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, 2005, p. 513 ss.
- G. GUERRIERI, sub artt. 2479-2479-ter, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, III, Padova, 2005, p. 2017 ss.
- G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 58 ss.
- G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano 2009.
- G. GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 227 ss.
- G. GUIZZI, *La maggiorazione del diritto di voto nelle società quotate: qualche riflessione sistematica*, in *Corr. giur.*, 2015, 159 ss.
- G. GUIZZI-I. PAGNI, *Noterelle in tema di legittimazione ad agire e interessi protetti nell'ipotesi di illecito esercizio del potere di direzione e coordinamento di società* (nota a Trib. Milano, 20 dicembre 2013), in *Società*, 2014, p. 589 ss.
- M.E. GURRADO, *Rinuncia all'azione sociale di responsabilità e delibera assembleare* (nota a Cass., 1° ottobre 1999, n. 10869), in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 9, p. 58 ss.
- L.A. HAMERMESH, *Why I Do Not Teach Van Gorkom*, *Ga. L. Rev.*, 2000, 34, p. 477 ss.

- F. IOZZO, *Art. 146 L. Fall. e prescrizione delle azioni di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1017 ss.
- F. IOZZO, *Potere gestorio e conservativo del patrimonio sociale nella fase di liquidazione: ricadute sul piano concorsuale*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. AMBROSINI, Milano, 2007, p. 303 ss.
- M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.
- N. IRTI, voce "Oggetto del negozio giuridico", in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 799 ss.
- N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 560 ss.
- P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964.
- P.G. JAEGER, *Il voto "divergente" nelle società per azioni*, Milano, 1976.
- P.G. JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 201 ss.
- P.G. JAEGER, *Impegni relativi all'amministrazione interinale della società fino al closing*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. BONELLI-M. DE ANDRÉ, Milano, 1990, p. 117 ss.
- P.G. JAEGER, *Gli azionisti: spunti per una discussione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 23 ss.
- P.G. JAEGER, *Ammissibilità e limiti dell'accordo di "cessione" del voto in cambio di "corrispettivo" (con considerazioni in merito alla c.d. "vendita del voto")* (nota a Cass., 22 ottobre 1996, n. 9191), in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 240 ss.
- P.G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 795 ss.
- L. JANNUCCI, *La disponibilità del patrimonio sociale da parte dei soci e l'art. 2256 c.c.*, Padova, 1984.
- L. JEANTET, *Proseguibilità da parte della società tornata in bonis dell'azione di responsabilità esperita dal curatore ex art. 146 legge fall.*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. AMBROSINI, Milano, 2007, p. 327 ss.

- K.A. JORDAN, *The Business Judgment Rule Today: an American Perspective*, in *La responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, a cura di C. AMATUCCI, Milano, 2014, p. 71 ss.
- W.M. LAFFERTY-L.A. SCHMIDT-D.J. WOLFE, JR., *A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law*, *Penn State L. Rev.*, 2012, 116, p. 837 ss.
- M. LAMANDINI, *Autonomia negoziale e vincoli di sistema nella emissione di strumenti finanziari da parte delle società per azioni e delle cooperative per azioni*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2003, I, p. 519 ss.
- M. LAMANDINI, *Voto plurimo, tutela delle minoranze e offerte pubbliche di acquisto*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 491 ss.
- D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Torino, 2007.
- F. LAURINI, sub art. 130, in *La disciplina delle società quotate. Commentario*, a cura di P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI, I, Milano, 1999, p. 1090 ss.
- F. LAURINI, sub art. 2374, in *Assemblea*, a cura di A. PICCIAU, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2008, p. 205 ss.
- G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.
- R. LENER, sub art. 2377, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, 2004, p. 552 ss.
- M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, IV, Torino, 2007, p. 463 ss.
- M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 669 ss.

- B. LIBONATI, *Riflessioni critiche sui sindacati di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 513 ss.
- B. LIBONATI, *Sindacato di voto e gestione d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 97 ss. e in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, II, Padova, 1992, p. 591 ss.
- B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI-P.G. JAEGER, Milano, 1993, p. 11 ss.
- B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, III, Torino, 2007, p. 621 ss.
- G. LOMBARDI, *Un'interessante pronuncia della Cassazione in tema di patti parasociali* (nota a Cass., 20 settembre 1995, n. 9975), in *Corr. giur.*, 1996, p. 198 ss.
- G. LOMBARDI, *Questioni in tema di durata dei patti parasociali* (nota a Cass., 23 novembre 2001, n. 14865), in *Corr. giur.*, 2002, p. 323 ss.
- G. LOMBARDI, *I patti parasociali nelle società non quotate e la riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 267 ss.
- L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.
- M. LUBRANO, *Simultanea presenza di amministratori elettivi e di nomina giudiziaria: una "coabitazione" ammissibile ex art. 2409 c.c.?* (nota a Trib. Lucera, 12 luglio 2002), in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 543 ss.
- A.C.W. LUND, *Opting out of Good Faith*, *Fla. St. U. L. Rev.*, 2009-2010, 37, p. 393 ss.
- J.R. MACEY, *State Anti-Takeover Legislation and the National Economy*, in *Wisconsin L. Rev.*, 1988, p. 467 ss.
- J.R. MACEY, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton, 2008.
- J.R. MACEY-G.P. MILLER, *Trans Union Reconsidered*, *Yale L.J.*, 1988-89, 98, 127 ss.
- F. MACIOCE, voce "*Rinuncia (dir. priv.)*", in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 923 ss.
- F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato. I. Parte generale*, Napoli, 1992

- E. MACRÌ, *Patti parasociali e attività sociale*, Torino, 2007.
- E. MACRÌ, *L'efficacia dei patti parasociali* (nota a Trib. Genova, 8 luglio 2004), in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, II, p. 238 ss.
- E. MACRÌ, *La s.r.l. semplificata e la s.r.l. con capitale inferiore al minimo legale: le recenti novità normative*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Torino, 2014, p. 1797 ss.
- F. MAINETTI, nota ad App. Milano, 11 agosto 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1906 ss.
- F. MAINETTI, sub art. 2409, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 926 ss.
- F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000.
- A. MAMBRIANI, sub art. 2463-bis, in *Codice della società a responsabilità limitata*, a cura di O. CAGNASSO-A. MAMBRIANI, Roma, 2015, p. 123 ss.
- G. MARASÀ, *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Società*, 2013, 10, p. 1086 ss.
- P. MARCHETTI, *Osservazioni sui profili societari della bozza di TU dei mercati finanziari*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 141 ss.
- V. MARICONDA, *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale*, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, 1, a cura di G. ALPA-M. BESSONE, Torino, 1991, p. 367 ss.
- F. MARRELLA, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali nella legislazione statunitense*, in *Dir. eco.*, 1993, p. 155 ss.
- M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011.
- F. MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, p. 697 ss.

- F. MASTROPAOLO-R. TRIOLA, *Lettere di patronage*, in *I contratti di garanzia*, a cura di F. MASTROPAOLO in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, Torino, 2006, II, p. 1672 ss.
- J.H. MATHESON-B.A. OLSON, *Shareholder Rights and Legislation Wrongs: Toward Balanced Takeover Legislation*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 1990-1991, 59, p. 1425 ss.
- A. MATONTI-M. PANUCCI, *Inammissibilità della denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l.* (nota a Corte cost., 14 dicembre 2005, n. 481) in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 73 ss.
- A. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986.
- A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 813 ss.
- F.S. MCCHESNEY, *A Bird in the Hand and Liability in the Bush: Why Van Gorkom Still Rankles, Probably*, *Nw. U. L. Rev.*, 2001-2002, 96, 631 ss.
- L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434 ss.
- L. MENGONI-F. REALMONTE, voce "*Disposizione (atto di)*", in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, 8° ed., Milano, 1952.
- F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 1986.
- G.A. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937.
- A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss.
- G.P. MILLER, *A Modest Proposal for Fixing Delaware's Broken Duty of Care*, in *Colum. Bus. L. Rev.*, 2010, p. 319 ss.
- G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.
- G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'"interesse sociale" nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 314 ss.

- G. MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618 ss.
- G. MINERVINI, *Quorum costitutivo e quorum deliberativo nelle assemblee ordinarie di seconda convocazione*, in *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 5 ss.
- R. MINUTILLO TURTUR, *I negozi collegati*, in *Giust. civ.*, 1987, II, p. 251 ss.
- M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, 2011, I, p. 609 ss.
- D. MONACI, *Sindacato giudiziario della diligenza dell'amministratore e prova dei vantaggi compensativi* (nota a Cass., 24 agosto 2004, n. 16707), in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 406 ss.
- C. MONTAGNANI, sub art. 2364 e 2364-bis, in *Società di capitali. Commentario*, diretto da G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, 2004, p. 446 ss.
- C. MONTAGNANI, sub art. 2365, in *Società di capitali. Commentario*, diretto da G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, 2004, p. 460 ss.
- C. MONTAGNANI, sub art. 2374 c.c., in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, 2004, p. 517 ss.
- C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nella nuove società a responsabilità limitata*, 2008.
- P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 ss.; in *Studi in onore di Gastone Cottino*, II, Padova, 1997, p. 959 ss.; in P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni, cit.*, p. 91 ss.
- P. MONTALENTI, *Riflessioni in tema di persona giuridica*, in *Diritto privato 1996. Condizioni generali e clausole vessatorie*, III, Padova, 1997, p. 647 ss.; in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, II, 1, p. 559ss.; in P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, p. 1 ss.

- P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2003, p. 1 ss. e in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 57 ss.
- P. MONTALENTI, *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di M. RESCIGNO-A. SCIARRONE ALIBRANDI, Milano, 2004, p. 59 ss.
- P. MONTALENTI, *Le nuove regole di governance delle società per azioni: il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di N. ABRIANI-T. ONESTI, Milano, 2004, p. 45 ss.
- P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, IV, 2, Padova, 2004.
- P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 844 ss.
- P. MONTALENTI, *Le acquisizioni societarie tra astrattezza del titolo e patrimonio di riferimento*, in *Le acquisizioni societarie*, opera diretta da M. IRRERA, Bologna-Roma, 2011, p. 3 ss.
- P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, p. 535 ss. e in ID., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 159 ss.
- P. MONTALENTI, *La Direttiva azionisti e l'informazione preassembleare*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 685 ss.
- P. MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 319 ss.; in P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 283 ss.; in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 373 ss.

- P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori: i nuovi paradigmi*, in ID., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 117 ss.
- P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42 ss.
- A. MONTEVERDE, *Gli aspetti societari delle acquisizioni di partecipazioni; subentro dei nuovi organi e clausole liberatorie*, in *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. IRRERA, Bologna-Roma, 2011, p. 505 ss.
- P. MONTIRONI, *Sull'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim.* (nota a Trib. Milano, 2 settembre 1988), in *Dir. Fall.*, 1989, II, p. 855 ss.
- G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, I, Bologna, 2005, 4° ed., p. 531 ss.
- U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969.
- U. MORERA, *Sull'informazione pre-assembleare dei soci (art. 130 T.U. della finanza)*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 826 ss.
- E. MORINO, *La responsabilità della holding persona fisica: fisiologia o patologia?* (nota a Trib. Milano, 20 marzo 2014), in *Giur. it.*, 2015, p. 405 ss.
- L.V. MOSCARINI, voce "Rinuncia. I) Diritto civile", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992.
- R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica (Settembre 1978-Agosto 1979). Studi*, a cura di F. VASSALLI-G. VISENTINI, Milano, 1981, p. 247 ss.
- G.D. MOSCO, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO-S. PATRIARCA-G. PRESTI, Milano, 2003, p. 121 ss.
- M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007.

- F.M. MUCCIARELLI-L. ENRIQUES, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, II, Torino, 2007, p. 859 ss.
- E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 979 ss.
- A. NERVI, *I sindacati di voto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 181 ss.
- A. NIGRO, *"Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 457 ss.
- C.A. NIGRO, *La regola dell'"importo massimo garantito" e la svalutazione delle peculiarità del patronage (nota a Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 764 ss.
- A. NUZZO, *Il vincolo di voto nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 478 ss.
- M. NUZZO, voce *"Negozio giuridico, IV) Negozio illecito"*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.
- G. OPPO, *Contratti parasociali*, in *Diritto delle società. Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, p. 1 ss.
- G. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 225 ss.
- G. OPPO, *Contratto parasociale a favore della società*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, p. 704, e in *Diritto delle società. Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, p. 170 s.
- G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 517 ss.
- G. OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 215 ss.
- A. PACIELLO, *Il rinvio dell'assemblea*, in *Riv. not.*, 1986, p. 100 ss.
- G. PALERMO, *Funzione illecita ed autonomia privata*, Milano, 1970.
- L. PANZANI, *Responsabilità degli amministratori: rapporti di causalità tra atti di mala gestio e danni. Lo stato della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1989, II, p. 86 ss.

- E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. GALGANO, I, Torino, 1995, p. 247 ss.
- M.G. PAOLUCCI, sub art. 2409, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, II, Padova, 2005, p. 993 s.
- R. PARTISANI, *La dichiarazione di voler profittare della transazione e la delibera assembleare sull'azione sociale di responsabilità* (nota a Cass., 24 aprile 2007, n. 9901), in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 42 ss.
- F. PASQUARIELLO, sub artt. 2364-2366, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, 2005, p. 438 ss.
- F. PASQUARIELLO, sub art. 2476, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, III, Padova, 2005, p. 1972 ss.
- A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971.
- A. PAVONE LA ROSA, *Profili della tutela degli azionisti*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 72 ss.
- C. PEDRELLI, *Questioni processuali in tema di azione ex art. 2476 c.c.* (nota a Trib. Marsala, 15 marzo 2005), in *Giur. it.*, 2005, p. 1472 ss.
- E. PEREGO, *La conversione del patto nullo di non votare l'azione di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 641 ss.
- P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962.
- P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia del credito*, Napoli, 1968.
- P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli-Camerino, 1980.
- F. PERNAZZA, *Validità delle convenzioni di voto: un "anticipatory overruling"?* (nota a Cass., 20 settembre 1995, n. 9975), in *Società*, 1996, p. 41 ss.
- F. PERNAZZA, *Patti parasociali ed azione di adempimento in forma specifica* (nota a Trib. Napoli, 18 febbraio 1997), in *Società*, 1997, p. 936 ss.

- B. PETRAZZINI, sub *artt. 2364 e 2364-bis*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 469 ss.
- B. PETRAZZINI, sub *art. 2365*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 483 ss.
- B. PETRAZZINI, sub *art. 2373*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 580 ss.
- B. PETRAZZINI, *Patronage e fideiussione: una massima da definire* (nota a Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520), in *Giur. it.*, 2010, p. 1619 ss.
- B. PETRAZZINI, *Sui patti parasociali aventi ad oggetto l'impegno a non esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori* (nota a Trib. Milano, 16 giugno 2014), in *Giur. it.*, 2015, p. 677 ss.
- A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. FARINA-C. IBBA-G. RACUGNO-A. SERRA, 2004, p. 225 ss.
- A. PICCIAU, sub *art. 2393, 2393-bis e 2394-bis*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2004, p. 569 ss.
- A. PICCIAU, *Sulla validità dei patti parasociali di rinuncia all'azione di responsabilità e di manleva nella s.p.a.* (articolo in corso di pubblicazione).
- L.G. PICONE, *Consenso dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 1998, p. 1043 ss.
- L.G. PICONE, *L'assunzione del debito da parte della società nella nuova disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 27 ss.
- L.G. PICONE, *Validità dei sindacati di voto a tempo indeterminato* (nota a Cass., 23 novembre 2001, n. 14865), in *Società*, 2002, p. 434 ss.

- L.G. PICONE, *Trattative, due diligence ed obblighi informativi delle società quotate*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 234 ss.
- L.G. PICONE-B. QUATRARO, *La responsabilità degli amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società. Aspetti civili, penali e tributari*, Milano, 1998.
- V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, p. 439 ss.
- V. PINTO, *Gli atti di disposizione dell'azione di responsabilità*, in *S.r.l. Commentario*, a cura di A.A. DOLMETTA-G. PRESTI, Milano, 2011, p. 686 ss.
- ARTHUR R. PINTO-F.A. GEVURTZ, *United States*, in *Comparative Corporate Governance. A Functional and International Analysis*, edited by A.M. FLECKNER-K.J. HOPT, Cambridge, 2013, p. 1043 ss.
- A. PIRAINO LETO, *L'autonomia privata nel diritto societario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, I, p. 409 ss.
- S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940.
- A. PISANI MASSAMORMILE, *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1268 ss.
- P. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1167 ss.
- D. PISELLI, *La validità e l'efficacia dei patti parasociali dopo la riforma societaria (nota a Cass., 18 luglio 2007, n. 15963)*, in *Società*, 2009, p. 199 ss.
- A. POMELLI, *Rischio d'impresa e potere di voto nella società per azioni: principio di proporzionalità e categorie azionarie*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 510 ss.
- A. POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia, efficacia e coercibilità dei patti parasociali di voto (nota a Trib. Belluno, 23 gennaio 2010)*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1498 ss.
- G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 852 ss.
- G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 913 ss.

- G.B. PORTALE, *I conferimenti in natura "atipici"*, Milano, 1974.
- G.B. PORTALE, *Note in tema di "scarico" e di "riproponibilità" dell'azione di responsabilità sociale ex artt. 2392-2393 c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 286 ss.
- G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, Torino, 2007, II, p. 3 ss.
- G.B. PORTALE, *Patti parasociali con "efficacia corporativa" nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1 ss.
- M. PRATELLI, *Rinnovo di patti parasociali e opzioni put & call*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 931 ss.
- D. PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 361 ss.
- D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988.
- D. PREITE, *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992.
- D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, Torino, 1993, III, 2, p. 1 ss.
- D. PREITE, *Investitori istituzionali e riforma del diritto delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 476 ss.
- F. PROSPERI, *"Lettre de patronage" e mendacio bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, I, p. 152 ss.
- E. PULITANÒ, *La due diligence legale*, in *Il contratto di acquisizioni di società e di aziende*, a cura di U. DRAETTA e C. MONESI, Milano, 2007, p. 111 ss.
- L. QUAGLIOTTI, *Sui limiti di durata dei sindacati di voto* (nota a Cass., 20 settembre 1995, n. 9975), in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 208 ss.
- M. RABITTI, sub art. 1418, in *Dei contratti in generale*, III, a cura di E. NAVARRETTA-A. ORESTANO, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, p. 521 ss.

- G. RAGUSA MAGGIORE, *Aspetti nuovi dei patti parasociali* (nota a Cass., 23 novembre 2001, n. 14865), in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 210 ss.
- G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società*, II, Padova, 2003.
- F. REALMONTE-A. MAGRÌ, voce "Indisponibilità", in *Enc. dir.*, Aggiornamento, III, Milano 1999, p. 685 ss.
- E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 894 ss.
- A. REDEGHIERI BARONI, *Prosecuzione illegittima dell'attività sociale e prova del danno dell'azione di responsabilità ex art. 146 l.f.* (nota a Trib. Marsala, 23 maggio 2005), in *Società*, 2007, p. 90 ss.
- E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, 1962, II, p. 95 ss.
- M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO-S.PATRIARCA-G. PRESTI, 2003, p. 35 ss.
- M. RESCIGNO, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Torino, 2014, p. 1841 ss.
- P. RESCIGNO, voce "Accollo" in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, p. 140 ss.
- P. RESCIGNO, "Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 297 ss.
- G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 596 ss.
- G.A. RESCIO, *I patti parasociali*, in *L'arbitrato, i patti parasociali. Prospettive per il notariato*, Milano, 1991, p. 83 ss.
- G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni*, diretta da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, III, 1, Torino, 1994, p. 483 ss.
- G.A. RESCIO, *Convenzioni di voto: note a margine di recenti provvedimenti* (nota a Cass., 20 settembre 1995, n. 9975), in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 110 ss.

- G.A. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, I, Torino, 2007, p. 446 ss.
- G.A. RESCIO, *Le s.r.l. con capitale ridotto (semplificate e non semplificate)*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Torino, 2014, p. 1869 ss.
- F. RICCI, *Due diligence e responsabilità*, Bari, 2008.
- F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto* (nota a Cass., 8 maggio 2006, n. 10490), in *Contratti*, 2007, p. 624 ss.
- G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. BUONOCORE, diretto da R. COSTI, Torino, 2015.
- C. ROBUSTELLA, *Lettere di patronage e importo massimo garantito*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 603 ss.
- N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le "gravi irregolarità" nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005.
- E.B. ROCK-M.L. WACHTER, *Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants*, in *Nw. U. L. Rev.*, 2002, 96, p. 651 ss.
- R. ROMANO, *The State Competition Debate in Corporate Law*, in *Cardozo L. Rev.*, 1987-1988, 8, p. 709 ss.
- R. ROMANO, *Corporate Governance in the Aftermath of the Insurance Crisis*, *Emory L.J.*, 1990, 39, p. 1155 ss.
- R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, Washington, D.C., 1993.
- E. ROMITA-M. CAVERNI, *La due diligence fiscale e contabile-finanziaria anteriori all'acquisizione*, in *Le acquisizioni societarie*, opera diretta da M. IRRERA, Bologna, 2011, p. 87 ss.
- V. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito* (nota a Cass. 3 aprile 1970, n. 896), in *Foro it.*, 1971, I, p. 2377 ss. e in G. ALPA-M. BESSONE-V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1980, p. 35 ss.

- V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 2011.
- V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.
- R. RORDORF, *I sindacati di voto*, in *Società*, 2002, p. 19 ss.
- R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, p. 1193 ss.
- M. ROSBOCH, nota a Trib. Torino, 10 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 815 ss.
- A. ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, Milano, 1977.
- A. ROSSI, sub art. 2393-bis, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, 2005, p. 818 ss.
- G. ROSSI, *Le condizioni del closing*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. BONELLI-M. DE ANDRÉ, Milano, 1990, p. 169 ss.
- G. ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Riv. soc.*, 1991, 1353 ss.
- M. ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza cautelare (nota a Trib. Milano, 20 dicembre 2013)*, in *Società*, 2014, p. 571 ss.
- D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- M. RUBINO DE RITIS, *Trasferimento di pacchetti azionari di controllo: clausole contrattuali e limiti all'autonomia privata*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 879 ss.
- E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 573 ss.
- R. SACCHI, *Sulla delega agli amministratori di società a responsabilità limitata della facoltà prevista dall'art. 2443 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 852 ss.
- R. SACCHI, *La definizione delle controversie in materia societaria*, in *La transazione nella prassi interna e internazionale*, a cura di E. ANDREOLI, Padova, 2000, p. 47 ss.

- R. SACCHI-A. VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, a cura di O. CAGNASSO-L. PANZANI, I, Bologna, 2010, p. 635 ss.
- R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2004, 3° ed.
- M. SAGLIOCCA, *Il definitivo tramonto del principio "un'azione un voto": tra azioni a voto multiplo e maggiorazione del voto*, in *Riv. not.*, 2014, p. 921 ss.
- V. SALAFIA, *L'azione sociale di responsabilità*, in *Società*, 1995, p. 1009 ss.
- V. SALAFIA, sub art. 2409, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2005, p. 299 ss.
- V. SALAFIA, *I patti parasociali nelle società non quotate*, in *Società*, 2005, p. 945 ss.
- N. SALANITRO, *Il regime dei sindacati azionari*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 743 ss.
- H.A. SALE, *Delaware's Good Faith*, in *Cornell L. Rev.*, 2003-2004, 89, p. 456 ss.
- D. SALMINI, *Obbligo del socio di accollarsi i debiti contratti dalla società previsto da statuto di cooperativa*, in *Riv. soc.*, 1977, p. 442 ss.
- L. SALVATI, *Impugnazione di delibera di s.p.a. e violazione del sindacato di voto (nota a Trib. Varese, 1° marzo 1999)*, in *Società*, 1999, p. 864 ss.
- L. SAMBUCCI, sub art. 2394-bis, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, p. 709 ss.
- L. SAMBUCCI, *Patti parasociali e fatti sociali*, Milano, 2005.
- P.M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000.
- P.M. SANFILIPPO, *I patti parasociali. Per una riflessione sulle tecniche di controllo*, in *Leggi civ. comm.*, 2014, p. 1135 ss. e in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano, 2015, p. 607 ss.
- V. SANGIOVANNI, *Due diligence, trattative e fattispecie di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 801 ss.
- G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985.

- D. SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 639 ss.
- B. SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione* (nota a Cass., 27 luglio 1975, n. 2924), in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 531 ss.
- S. SATTA, *L'apporto di Ascarelli alla scienza del processo*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, IV, Milano, 1969, p. 1995, 1995 ss.
- G. SBISÀ, sub art. 2341-ter, in F. GALGANO-P. ZANELLI-G. SBISÀ, *Della società per azioni. Tomo I (Art. 2325-2341-ter)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2006, p. 256 ss.
- G. SBISÀ, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 447 ss.
- G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1993.
- A. SCIALOJA, *La prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori nella disciplina statutaria della società per azioni*, in ID., *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 362 ss.
- E. SCIMEMI, *La vendita del voto nelle società per azioni*, Milano, 2003.
- M. SCIUTO-P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, I, 1, Torino, 2004, p. 1 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, Padova, 1992.
- C. SCOGNAMIGLIO, voce "Motivo (del negozio giuridico)", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 466 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, p. 83 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 534 e 543 e in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 596 s. e 606 s.
- G. SCOGNAMIGLIO, *L'azione sociale di responsabilità*, in G.D. MOSCO-D. REGOLI-M. RESCIGNO-G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*,

- in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. IBBA-G. MARASÀ, Padova, 2012, p. 279 ss.
- GIULIANA SCOGNAMIGLIO-CARLO ANGELICI-PAOLO MONTALENTI-RENZO COSTI-NICOLETTA CIOCCA-FRANCESCO DENOZZA-GIUSEPPE GUIZZI-FRANCESCO VELLA-MARIO LIBERTINI-NICCOLÒ ABRIANI-VINCENZO CALANDRA BONAURA, *Voto maggiorato, voto plurimo e modifiche dell'OPA*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 211 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari - Dei requisiti del contratto (Art. 1321-1352)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970.
- R. SCOGNAMIGLIO, voce "Collegamento negoziale", in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 375 ss.
- G. SCORZA, *Gli amministratori di società per azioni di fronte alle delibere invalide dell'assemblea*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 510 ss.
- N. SCOTTI GALLETTA, *La fideiussione c.d. omnibus e la disciplina della trasparenza bancaria* (nota a Cass., 15 settembre 1993, n. 9354), in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, p. 219 ss.
- M. SEGNI, *La "lettre de patronage" come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 126 ss.
- D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgement rule: spunti per una rievocazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 206 ss.
- G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Milano, 2003.
- G. SEMINO, *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale?* (nota a Trib. Genova, 8 luglio 2004), in *Società*, 2004, p. 1267 ss.
- A. SERRA, *Il procedimento assembleare*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, Torino, 2007, II, p. 35 ss.

- A. SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, Torino, 1994, III, 1, p. 49 ss.
- F. SEVERINI, *Il patronage tra promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 41 ss.
- F. SIGNORELLI, *Azione di responsabilità ex art. 146 l. fall. e determinazione del danno*, in *Società*, 2007, p. 1127 ss.
- H. SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo* (nota a Trib. Milano, 17 giugno 2011), in *Società*, 2012, p. 263 ss.
- M. SONNINO, *Una richiesta di esecuzione specifica di accordi parasociali* (nota a Trib. Roma, 20 dicembre 1996), in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 120 ss.
- P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 703 ss.
- P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.
- M. SPERANZIN, *Denuncia al tribunale, stato di liquidazione della società e riforma del diritto societario* (nota a Trib. Venezia, 27 gennaio 2004), in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 541 ss.
- M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006.
- M. SPIOTTA, *Fallimento, amministratore di fatto, responsabilità: osservazioni sul tema*, in *Giur. it.*, 2006, p. 979 ss.
- M.S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1085 ss.
- M. S. SPOLIDORO, *Il voto plurimo: i sistemi europei*, in *Riv. soc.*, 2015, 134 ss.
- A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, Torino, 2007, II, p. 167 ss.
- A. STESURI, *La due diligence nel processo di acquisizione delle imprese*, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 6, p. 16 ss.

- L.E. STRINE, JR.-L.A. HAMERMESH-R.F. BALOTTI-J.M. GORRIS, *Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, in *Geo. L. J.*, 2009-2010, 98, p. 629 ss.
- G.U. TEDESCHI, *Il nuovo art. 2409 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 687 ss.
- A. TENCATI, *Amministratori di società*, in *La colpa nella responsabilità civile*, IV, Torino, 2006, p. 415 ss.
- G. TERRANOVA, *sub art. 130*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. ALPA-F. CAPRIGLIONE, II, Padova, 1998, p. 1196 ss.
- G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni, Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, III, Torino, 2007, p.105 ss.
- S. TERSILLA, *La due diligence per l'acquisizione di un pacchetto azionario di controllo di una società non quotata in borsa: obblighi di informazione e responsabilità dei soggetti coinvolti*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, p. 969 ss.
- R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, III, Torino, 2007, p. 631 ss.
- A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)* (nota a Trib. Milano, 10 febbraio 2000), in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 334 ss.
- A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007.
- A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008.
- A. TINA, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società* (nota a Cass., 28 aprile 2010, n. 10215), in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 833 ss.
- A. TINA, *Le pattuizioni sulla governance*, in *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. IRRERA, Bologna, 2011, p. 461 ss.

- A. TINA, *La rinuncia e la transazione dell'azione sociale di responsabilità in mancanza della preventiva delibera assembleare* (nota a Cass., 7 luglio 2011, n. 14963), in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 22 ss.
- A. TINA, *Patti parasociali e rinuncia all'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c.* (nota a Trib. Milano, 16 giugno 2014), in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 1103 ss.
- A. TINA, *I patti parasociali sull'azione sociale di responsabilità nella recente giurisprudenza di merito*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, Milano, 2015, p. 2999 ss.
- A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951, p. 247 ss.
- N.A. TOSCANO, *La transazione dell'azione sociale di responsabilità e il rapporto tra gli artt. 1304 e 2393 c.c.* (nota a Cass., 24 aprile 2007, n. 9901), in *Notariato*, 2008, p. 516 ss.
- P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958.
- A. TUCCI, *La discussione*, in *Le società di capitali. L'assemblea nelle società di capitali*, a cura di R. LENER-A. TUCCI, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BISSONE, XVII, Torino, 2000, p. 137 ss.
- R. VACCARELLA, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 960 ss.
- F. VALENZA, *Mala gestio per conflitto di interessi e transazione della società con altro coobbligato* (nota a Cass., 24 aprile 2007, n. 9901), in *Società*, 2008, p. 186 ss.
- A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 259 ss.
- M. VENTORUZZO, *La disciplina delle misure difensive negli Stati Uniti d'America: spunti di riflessione per la situazione europea*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, I, p. 495 ss.
- M. VIALE, *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 785 ss.

- A. VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004.
- A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 129 ss.
- G. VIDIRI, *Sui sindacati di voto a tempo indeterminato* (nota a Cass., 20 settembre 1995, n. 9975), in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 80 ss.
- G. VIDIRI, *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinari e giurisprudenziali* (nota a Cass., 27 luglio 1994, n. 7030), in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1323 ss.
- G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.
- B. VISENTINI, *I sindacati di voto: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 1 ss.
- C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1923.
- C. VOCATURO, *Patti parasociali: validi anche se relativi alla nomina degli organi sociali e a tempo indeterminato* (nota a Cass., 23 novembre 2001, n. 14865), in *Riv. notar.*, 2002, p. 1051 ss.
- R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.
- R. WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 338 ss.
- R. WEIGMANN, nota a Cass., 24 aprile 2007, n. 9901, in *Giur. it.*, 2007, p. 2760.
- R.K. WINTER, *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, in *J. Legal Stud.*, 1977, 6, p. 251 ss.
- G. ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 90 ss.
- G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, III, 2, 1993, Torino, p. 185 ss.
- G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*. *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G. B. PORTALE, I, Torino, 2007, p. 55 ss.

G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Tomo secondo (artt. 2475-2483)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2010.

A. ZOPPINI, *Due note in tema di interesse sociale e finanziamento delle società per azioni*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, p. 275 ss.