

Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello “istituzionalismo debole”

SOMMARIO: 1. Le ragioni del contrattualismo societario nel pensiero di Denozza. — 2. Un punto centrale dell'argomentazione: le clausole generali civilistiche (buona fede, abuso del diritto) consentono un controllo sugli atti di esercizio del potere equivalente rispetto alla disciplina amministrativistica dell'eccesso di potere. Necessità di una revisione analitica di questo assunto. — 3. Un tratto comune di questi complessi di regole: sono tutti strumenti di superamento dello *ius strictum* e di ampliamento dei poteri di sindacato del giudice sugli atti giuridici (i.e. di rafforzamento di un ideale di giustizia contro un ideale di certezza). — 4. Il principio di buona fede: da regola integrativa del rapporto obbligatorio a principio disciplinante anche i rapporti di fatto e l'esercizio della libertà contrattuale. I rimedi per la violazione della buona fede: dal risarcimento del danno alle nullità di protezione. — 5. Il divieto di abuso del diritto: dalla concezione soggettiva (*animus nocendi*) a quella oggettiva (sviamento dall'interesse tutelato dalla norma attributiva del diritto). I rimedi (analoghi a quelli relativi alla violazione del principio di buona fede). — 6. Il sindacato di legittimità sugli atti amministrativi: funzionalizzazione del potere, valorizzazione del procedimento, centralità della tutela di annullamento con termine breve di decadenza. Differenze (maggiore pervasività e primato dei rimedi specifici) rispetto al sindacato per abuso del diritto. — 7. Le potenzialità di un'interpretazione sistematica che estenda al sindacato sulle deliberazioni degli organi societari alcuni profili normativi del sindacato di legittimità degli atti amministrativi. — 8. Critiche alla tesi di Denozza circa l'impossibilità di concepire giuridicamente un interesse alla conservazione e allo sviluppo dell'impresa. — 9. Un'osservazione conclusiva.

1. *Le ragioni del contrattualismo societario nel pensiero di Denozza.* — Francesco Denozza ha recentemente pubblicato, su questa rivista (2013, I, 480 ss.), un impegnativo studio intitolato «*Quattro variazioni sul tema “contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici”*». Può apparire strano dedicare un commento (non brevissimo, purtroppo) ad uno scritto che, a sua volta, è costruito come un commento ad un'opera altrui. Però questa eccezione si giustifica, perché Denozza ha tratto occasione dal volume di Angelici ⁽¹⁾ per esporre, con la ricchezza culturale e l'onestà

(¹) Che è un'opera importante e meritevole di grande attenzione, su cui spero di tornare in un prossimo scritto. Qui anticipo due osservazioni.

La prima riguarda le scelte sistematiche fondamentali: chi scrive si sente più vicino — come apparirà dalle riflessioni svolte nel testo — a quelle di Angelici che a quelle di Denozza, anche se ritiene opportuno portare queste scelte ad una maggiore nettezza.

La seconda riguarda lo stile dell'opera. Con un brillante paragone, Denozza avverte nel libro di Angelici il fascino grandioso della musica barocca. È curioso che anche a chi scrive, leggendo il volume di Angelici, sia venuto in mente un paragone musicale: ma non con le

intellettuale che caratterizzano i suoi scritti, il suo personale orientamento sulle scelte sistematiche fondamentali in materia di disciplina giuridica delle s.p.a.. E lo ha fatto con una nettezza di posizioni che invita ad un approfondimento della discussione (che, mi auguro, possa continuare anche dopo questo mio intervento).

La linea conduttrice del pensiero di Denozza è quella della rivalutazione sistematica della “contrattualità” ⁽²⁾ della s.p.a., a fronte di una corrispondente svalutazione, che egli, a ragione, vede nell’orientamento di Angelici.

Lo svolgimento di questo assunto di base è affidato, nello scritto di Denozza, a quattro “variazioni su tema”, che qui riassumo riprendendo le intitolazioni dei paragrafi dell’a.:

a) *“L'autonomia contrattuale tra soggettivo ed oggettivo”*: la nozione giuridica di contratto comprende due meccanismi diversi, che convivono nella realtà: uno è quello dello scambio come libera scelta nell’ambito di un meccanismo oggettivo e spersonalizzato (il mercato come luogo di liberi scambi fra individui); l’altro è quello della contrattazione, in cui si combinano comportamenti strategici differenti delle parti (il mercato come luogo di innovazione e di divisione del lavoro); quanto più ci si avvicina al primo meccanismo, tanto più le posizioni di potere, che sono sempre presenti nella vita sociale, si presentano in modo impersonale (e viceversa); nella disciplina della s.p.a. sono presenti ambedue i fenomeni (la “spersonalizzazione” del mercato azionario e l’esercizio del potere degli organi interni), ma questa stessa alternativa *“si può trovare in ogni situazione contrattuale”*.

b) *“La tecnica”*: la distinzione fra rapporti contrattuali (caratterizzati dalla presenza di diritti soggettivi) e rapporti non contrattuali (caratterizzati dal binomio potere/soggezione) è normativamente superata: si deve prendere atto di *“una oramai generalizzata sottoposizione di tutti gli atti di esercizio dei diritti (contrattuali e non) ad un vaglio in termini di buona fede oggettiva e di abuso del diritto. Che differenza c’è tra, da una parte, un potere, e, dall’altra, un diritto, quando sull’esercizio del secondo incombe l’onnipresente possibilità di una censura in termini di abuso?”*.

c) *“L’ideologia”*: il paradigma del contratto di scambio istantaneo, che dominava il diritto tradizionale dei contratti (ed era incentrato sulla *“garanzia di non restare obbligati contro la propria volontà”*), è oggi divenuto residuale, nella dottrina generale dei contratti, che sempre più comprende fenomeni complessi di cooperazione fra soggetti diversi, proiettata in periodi di tempo più o meno lunghi; in questa (attuale) prospet-

grandiose architetture della musica barocca, bensì con una immensa trama rapsodica di carattere postmoderno.

⁽²⁾ Le virgolette sono già nel testo di Denozza, a dimostrazione della complessità del ragionamento.

tiva, non c'è alcuna incompatibilità fra la nozione di contratto e l'organizzazione tipica dell'impresa (più in generale: non c'è incompatibilità fra "contratto" e "organizzazione");

d) *"Gli interessi"*: Denozza muove dall'antitesi fra individualismo e organicismo (ritenuta, seguendo Bobbio, come dominante nella storia del pensiero politico) e dichiara una sua opzione individualistica (*"il senso e la portata delle istituzioni sociali fondamentali possono essere utilmente ricostruiti facendo esclusivo riferimento a un processo di contrattazione — reale o ipotetica — tra tutti i soggetti interessati"*); in questa prospettiva le istituzioni non sono altro che complessi di regole che guidano l'azione di soggetti che ad esse si riferiscono (*"Una istituzione non ha qualità e potenzialità proprie, distinte da quelle di tutti i soggetti coinvolti"*); da ciò una contrapposizione netta fra "istituzione" (semplice insieme di regole) e "organismo" (come entità reale, portatrice di una propria identità: l'a. fa più volte l'esempio del corpo umano); su questa base, però, Denozza afferma che *"l'organicismo può essere forse predicato per l'impresa moderna"* [con ciò richiamando la tesi che costruisce l'impresa come centrale di costruzione e valorizzazione di conoscenze proprie] *"ma non per la sua forma giuridica"*: la disciplina della s.p.a. è una disciplina di conflitti fra interessi diversi, *"e allora la logica del contratto si fa prepotentemente avanti"*.

La conclusione di Denozza è *"che l'impostazione contrattualistica è quella che meglio riflette la realtà di una società per azioni al servizio dello sviluppo di una società capitalistica"*. A questa conclusione egli fa però seguire una chiosa, per certi aspetti sorprendente: *"non credo che il modello contrattualistico sia oggi in grado di ispirare un giusto ordine al nostro istituto.. [ma] Esso fallisce non per la competizione con modelli alternativi migliori, ma per i suoi limiti interni e per il fatto di voler dare un ordine univoco ad una realtà che è in sé contraddittoria"*.

Il ragionamento complessivo svolto da Denozza potrebbe essere così ulteriormente sintetizzato:

- la disciplina del contratto si è ormai evoluta rispetto al passato, ed è in grado di governare rapporti di durata, nonché rapporti caratterizzati da disparità di potere fra i contraenti;
- al di fuori della disciplina del contratto si può porre solo quella dell'esercizio di funzioni totalmente disinteressate (fra le quali egli sembra considerare solo quelle pubblicistiche in senso stretto): solo in queste situazioni chi esercita il potere agisce solo come strumento per la realizzazione dell'interesse di un certo "organismo";
- la disciplina della s.p.a. è una disciplina di conflitti fra diverse categorie di interessi: quindi la disciplina contrattuale è pienamente appropriata a costituirne il riferimento sistematico.

2. *Un punto centrale dell'argomentazione: le clausole generali civilistiche (buona fede, abuso del diritto) consentono un controllo sugli atti di esercizio del potere equivalente rispetto alla disciplina amministrativistica dell'eccesso di potere. Necessità di una revisione analitica di questo assunto.* — Rispetto a queste tesi vorrei esprimere (a parte l'ammirazione per molti sviluppi argomentativi) un amichevole, ma netto dissenso, che investe sia il profilo propriamente giuridico, sia quello sociologico.

Mi sembra però opportuno esporre due premesse di metodo:

a) la prima è che la contrapposizione fra contrattualismo e istituzionalismo, pur potendo avere ancora (come si tenterà di dimostrare) un ruolo centrale nella costruzione sistematica della disciplina della s.p.a., non può essere, a tal fine, la sola chiave sistematica utilizzata: la disciplina della s.p.a. è molto complessa ed investe numerosi e svariati profili (dall'atto costitutivo alla circolazione delle azioni, alla gestione dell'impresa etc.), per alcuni dei quali (p.e. conferimenti, trasferimenti azionari etc.) la disciplina dei contratti rimane necessariamente il riferimento fondamentale; la contrapposizione fra contrattualismo ed istituzionalismo diviene invece centrale nella costruzione della disciplina dell'organizzazione societaria e del sindacato sull'esercizio dei poteri interni (che rimane comunque punto cruciale della disciplina della s.p.a.);

b) la seconda è che il ragionamento, che si cercherà di svolgere nelle pagine seguenti, si muove in una prospettiva rigorosamente ed esclusivamente normativistica; ritengo che non abbia senso predicare della "natura giuridica" di alcunché, e tanto meno della s.p.a. e che — di conseguenza — non abbia senso ragionare circa la "esistenza" o meno di un interesse sociale autonomamente definibile: il problema è se esistano o meno norme che prevedono rimedi invalidativi o risarcitori a seguito di atti societari che provocano un "danno alla società" (ancorché siano, in ipotesi, approvati unanimemente dai soci); in questa prospettiva, parlare di "contrattualismo" e di "istituzionalismo" ha senso se e in quanto le norme, riassunte ed evocate mediante queste formule, diano luogo a soluzioni (almeno parzialmente) differenti, nella ricostruzione della disciplina della s.p.a. (la soluzione sostenuta in questo scritto è che la distinzione, così formulata, abbia ancora senso).

Poste queste premesse, e tornando al ragionamento di Denozza, deve dirsi che esso è già *in nuce* nella tesi sopra elencata sub a), in cui si afferma che la disciplina del contratto è ormai articolata in modo tale da poter fornire strumenti di controllo sia del potere impersonale del mercato sia del potere personale che si crea all'interno delle organizzazioni. Questa tesi è sviluppata in quella sub b), secondo cui, una volta affermatesi la dottrina del divieto di abuso del diritto e quella dell'applicazione estensiva del principio di buona fede, non ci sarebbe sostanziale differenza fra diritto soggettivo e potere giuridico; il punto è poi confermato, su un piano ideologico, nella tesi sub c).

L'idea così espressa, secondo cui dovrebbe riconoscersi una sostanziale equivalenza funzionale fra disciplina (di origine privatistica) dell'obbligo di buona fede e di divieto di abuso del diritto e disciplina (di origine pubblicistica) dell'illegittimità degli atti per eccesso di potere, è oggi diffusa nella dottrina giusprivatistica (ove è stata divulgata, soprattutto, da F. Galgano). Per di più, come si vedrà meglio più avanti, questa idea tende ad affermarsi di recente anche nella dottrina giuspubblicistica. L'affermazione di Denozza non è dunque isolata, ed anche per ciò va esaminata con attenzione.

Ho già manifestato, in altra sede, la mia contrarietà a questa idea ⁽³⁾. Ritengo però opportuno un tentativo di approfondimento comparativo sui diversi complessi di regole di cui si tratta.

3. *Un tratto comune di questi complessi di regole: sono tutti strumenti di superamento dello ius strictum e di ampliamento dei poteri di sindacato del giudice sugli atti giuridici (i.e. di rafforzamento di un ideale di giustizia contro un ideale di certezza).* — Si può premettere che questi complessi di regole (dovere di buona fede, divieto di abuso del diritto, divieto dell'eccesso di potere amministrativo) nascono tutti come strumenti di correzione giudiziale dello *ius strictum*, rispetto a situazioni in cui una certa azione umana può incidere negativamente su interessi altrui. A questo scopo essi pongono limiti extratestuali alla libertà del soggetto agente, cioè limiti che vanno al di là delle norme di condotta espressamente stabilite in testi normativi o contrattuali ⁽⁴⁾.

Tutte queste dottrine costituiscono segnali di distacco da quel modello di ordinamento, vagheggiato dal primo pensiero liberale, che disegnava un sistema di norme certe e uguali per tutti, destinate ad un mondo di individui liberi ed eguali. Un mondo in cui ciascun individuo era portatore di diritti soggettivi titolati, reali o di credito, concepiti come tante piccole sovranità su determinati beni della vita, create dalla legge e non modulabili secondo la volontà di un giudice (lo stesso principio del *neminem laedere* si traduceva nel dovere generale di rispetto dei diritti titolati altrui, a parte il caso della violazione di norme di condotta puntuali, sempre definite dalla legge); la dinamica giuridica era affidata poi al contratto, inteso come incontro di volontà di individui liberi ed eguali, e pertanto da rispettare in tutta la sua portata, senza interventi esterni di carattere paternalistico.

⁽³⁾ Cfr. M. LIBERTINI, *Poteri funzionali, interessi legittimi e diritto privato. Libertà d'impresa, poteri privati e controlli delle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Tutela dei diritti e sistema ordinamentale*, a cura della SisDiC, E.S.I., Napoli, 2012, 97 ss.

⁽⁴⁾ Questo rilievo appare ovvio per i principi privatistici della buona fede e del divieto di abuso del diritto, ma è correntemente posto anche alla radice della formazione storica della dottrina dell'eccesso di potere amministrativo (cfr. E. CARDI - S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo) (I agg.)*, in *Pluris - Digesto* (2012), § 1).

In questo mondo, poi, il potere pubblico non era certo più concepito (come nell'*ancien régime*) come potere assoluto di ascendenza divina, ma diveniva potere fondato sulla legge; e però rimaneva essenzialmente *iuris dictio*, non suscettibile di contestazione in giudizio, ma solo di atti di rimostranza a fini di riesame (era lontana la costruzione dei moderni sistemi di giustizia amministrativa, e il superamento dell'*ancien régime* portava anzi a superare anche quelle *quaestiones potestatis* o *voluntatis*, che i vecchi Parlamenti avevano talora formulato per realizzare una forma di controllo, su base giusnaturalistica, degli atti di esercizio del potere reale ⁽⁵⁾).

In altri termini, tutte queste dottrine sono espressione di un unico percorso, che caratterizza il diritto contemporaneo (a partire dalla seconda metà del sec. XIX), e che porta a contemperare l'ideale della certezza del diritto, che era stato assolutizzato dal primo pensiero liberale, con un ideale di giustizia. A tal fine, tutte queste dottrine portano necessariamente ad allargare i poteri del giudice nel controllo degli atti giuridici, pubblici e privati, e le relative conseguenze.

Ciò premesso, si può facilmente rilevare che i percorsi seguiti dalle diverse dottrine sopra ricordate hanno radici diverse, ma tendono poi tutti ad allargarsi, fino a creare quei vistosi fenomeni di sovrapposizione, o almeno interferenza, degli esiti normativi, che stanno alla base della crescente impressione di fungibilità fra i diversi strumenti.

Al fine di verificare la fondatezza o meno di questa impressione, è opportuno riflettere brevemente su questi diversi percorsi.

4. *Il principio di buona fede: da regola integrativa del rapporto obbligatorio a principio disciplinante anche i rapporti di fatto e l'esercizio della libertà contrattuale. I rimedi per la violazione della buona fede: dal risarcimento del danno alla nullità di protezione.* — Il principio di buona fede (che, nel suo significato originario, non è un "principio" vero e proprio, ma una clausola generale volta a dirimere conflitti all'interno del rapporto obbligatorio e a stabilire un dovere comportamentale generale a contenuto indeterminato ⁽⁶⁾), nasce storicamente all'interno della disciplina del rapporto obbligatorio: in questo senso c'è un parallelismo di base, malgrado la presenza di qualche variante, fra le disposizioni dell'art. 1134 del *code civil*, del § 242 BGB, degli artt. 1175 e 1375 del codice civile

⁽⁵⁾ Cfr. G.n GORLA, "Iura naturalia sunt immutabilia". I limiti del potere del 'principe' nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, in *Diritto e potere nella storia europea - Atti in onore di B.Paradisi*, Olschki, Firenze, 1982, 629 ss.; F. DI DONATO, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Il Mulino, Bologna, 2010.

⁽⁶⁾ Per questa scelta terminologica rinvio a M. nLIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.

italiano. L'idea di fondo comune è che, quando due soggetti sono legati da un vincolo obbligatorio (che spesso è bilaterale, perché nasce da un contratto a prestazioni corrispettive), ciascuno di essi non può limitarsi ad adempiere formalisticamente ai soli obblighi espressamente sanciti nel titolo costitutivo dell'obbligazione, ma deve altresì agire con spirito cooperativo, integrando i propri comportamenti con prestazioni non espressamente previste dal titolo, ma da ritenersi in esso implicite (sulla base degli usi, o di aspettative socialmente giustificate dell'altra parte, etc.).

Su questa base, la buona fede diviene anzitutto fonte di doveri di prestazione integrativi (doveri di protezione, di informazione, di riservatezza, etc.) nella fase di esecuzione del contratto (o, più in generale, del rapporto) (7). La stessa norma sull'interpretazione del contratto secondo buona fede è volta a dirimere un contrasto, sorto fra i contraenti, nella determinazione delle modalità esecutive del contratto stesso.

Muovendo da questo nucleo originario, il dovere generale di buona fede ha compiuto poi un grande processo espansivo (guidato soprattutto dall'esperienza giuridica tedesca).

In primo luogo, il contenuto del dovere si allarga dalla previsione di prestazioni accessorie implicite nel titolo dell'obbligazione alla previsione di vincoli più penetranti, che possono giungere alla vera e propria paralisi del titolo, cioè alla "inesigibilità della prestazione", in casi in cui l'interesse del creditore appaia di scarsa consistenza, rispetto all'entità del sacrificio che sarebbe imposto al debitore adempiente per ottemperare al suo obbligo (8) (in questa stessa prospettiva si può inquadrare un filone interno alla dottrina della presupposizione negoziale, che collega questa "condizione implicita" al principio di buona fede interpretativa o integrativa (9)).

Accanto a questo primo filone espansivo (che porta la buona fede ad essere non solo fonte di obblighi accessori integrativi, ma anche fatto preclusivo dell'esercizio della pretesa creditoria) se ne aggiunge un secondo, destinato a sviluppi ancora più importanti.

Si afferma infatti l'idea che la buona fede, nata sul terreno della

(7) Ai fini del discorso svolto nel testo si può trascurare un profilo del dibattito, pur importantissimo sul piano sistematico, circa i criteri di integrazione applicabili in base al principio di buona fede (se di sola "autointegrazione" del contratto alla luce del principio *pacta sunt servanda*, ovvero anche di eterointegrazione alla luce del principio di solidarietà o di altri principi costituzionali; sul tema v., p.e., S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 729 ss.).

(8) L'idea dell'inesigibilità della prestazione in attuazione del dovere di buona fede è stata importata, in Italia, in diverse, ed anche autorevoli, proposte dottrinali (p.e. Mengoni, Bessone), ma non trova abitualmente applicazione in giurisprudenza (ove sembra oggi preferita la riformulazione della medesima regola secondo la dottrina dell'abuso del diritto).

(9) Per una rassegna critica molto accurata di queste dottrine (in particolare: Betti, Sacco, C. Scognamiglio) v. A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di M. Bessone, IV*, Giappichelli, Torino, 2005, cap. II (che esprime un'opinione fortemente contraria a questi impieghi del c.d. principio di buona fede).

disciplina di rapporti giuridici titolati, possa estendere (analogicamente) il suo campo di applicazione anche a rapporti di fatto, non titolati (cioè rapporti socialmente tipizzati, ma non fondati su un atto giuridico [titolo] determinato).

Il terreno originario di questo processo espansivo è costituito dalla dottrina della *culpa in contraendo*, che si sedimenta, nel diritto italiano, nel vigente art. 1337 c.c. (mentre, nel diritto tedesco, si realizza, per lungo tempo, mediante la costruzione dottrinale che concepisce l'avvio di trattative come fonte di un rapporto obbligatorio *ex lege*: concezione poi sfociata, in tempi recenti, nell'attuale § 311 BGB) ⁽¹⁰⁾.

L'estensione della regola di buona fede alla fase precontrattuale fornisce un *medium* concettuale alla successiva evoluzione, in quanto la buona fede viene così concepita come fonte di doveri comportamentali in sede di esercizio della libertà contrattuale. Il passo è breve per l'estensione di questi doveri comportamentali dalla fattispecie delle trattative individuali "*person to person*" alle situazioni, socialmente tipizzate, in cui può riconoscersi un potere negoziale di un contraente forte nei confronti di una serie di altri contraenti, tipicamente più deboli.

Questa impostazione si concretizza, nei testi normativi vigenti, con la Dir. 93/13/CE sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, che impone agli Stati membri di prevedere efficaci rimedi specifici contro le clausole dei contratti dei consumatori, che determinino un significativo squilibrio "*contrary to the requirement of good faith*" ("*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*") ⁽¹¹⁾. In seguito la regola si estende ai contratti squilibrati fra imprese: con la Dir. 2011/7/UE sui ritardi nei pagamenti, l'art. 7 pone il divieto delle clausole in materia che contengano "*qualsiasi grave scostamento dalla corretta prassi commerciale, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza*". Tutti i progetti di uniformazione del diritto europeo dei contratti si muovono poi nel senso di generalizzare questa disciplina, elevandola a principio generale della disciplina dei contratti, atto a consentire un controllo correttivo degli squilibri contrattuali, con contestuale superamento del requisito della causa contrattuale ⁽¹²⁾.

Ma, al di là di progetti non ancora tradotti in norme di diritto vigente,

⁽¹⁰⁾ Questo percorso è stato descritto in numerosi contributi dottrinali: v., come più recente, V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁽¹¹⁾ Trascuro la fin troppo nota, grottesca vicenda delle traduzioni italiane del testo normativo. Ancor oggi, nell'art. 33, comma 1, cod.cons., troviamo l'incongrua espressione "*malgrado la buona fede*".

⁽¹²⁾ Per una riflessione critica su questo orientamento e sull'inidoneità del principio di buona fede a sostituire per intero il controllo causale di meritevolezza degli interessi perseguiti nei singoli atti di autonomia privata ho cercato di argomentare (prendendo spunto, in primo luogo, dalla disciplina della nullità delle intese restrittive della concorrenza) in M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, 273 ss.

è diffusa la convinzione circa la già attuale vigenza di un principio generale di buona fede di diritto europeo, a sua volta radicato nel diritto internazionale consuetudinario ⁽¹³⁾ ed atto a governare tutte le espressioni dell'autonomia privata.

Il diritto italiano sembra avere recepito questa idea. L'idea della vigenza di un principio generale di buona fede sembra ispirare diverse disposizioni di legislazione speciale ⁽¹⁴⁾. Nelle pronunce giurisprudenziali l'espressione "principio generale di buona fede" è divenuta oggi luogo comune ⁽¹⁵⁾: appare così sottintesa l'idea della vigenza, nell'ordinamento, di un principio generale di buona fede atto a consentire un controllo giudiziario (sostanzialmente di merito) sulle espressioni di autonomia privata (ed ormai anche pubblica ⁽¹⁶⁾) che possano comportare effetti ingiustificatamente gravosi a danno di una parte. Più articolato è invece il panorama dottrinale: se non mancano voci volte a difendere una concezione restrittiva della buona fede (così intesa come semplice regola di autointegrazione dei rapporti obbligatori) ⁽¹⁷⁾, l'orientamento prevalente sembra riconoscere la vigenza di un principio generale di buona fede governante i rapporti fra privati ed utilizzabile in funzione correttiva di rapporti contrattuali iniqui; anche se rimane significativa la differenza fra chi ritiene che questo principio possa giustificare solo la correzione di rapporti contrattuali segnati da una differenza ("asimmetria") di base dei poteri negoziali delle parti ⁽¹⁸⁾ e chi giunge (alquanto precipitosamente, invero) a fondare su tale principio un preteso avvenuto riconoscimento di una regola generale di giustizia contrattuale ⁽¹⁹⁾.

In ogni caso, questo percorso espansivo ha portato ad allargare la gamma di rimedi applicabili ai casi di violazione del dovere di buona fede. Nella sua versione originaria la buona fede era fonte di obblighi integrativi

⁽¹³⁾ Cfr. Trib. I gr. CE, 22 gennaio 1997, T-115/94, *Opel Austria GmbH*. In dottrina v., per tutti, F. RANIERI, *Il principio di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Giuffrè, Milano, 2007, II, 495 ss. (che parla della buona fede come "principio pervasivo di tutti gli ordinamenti privatistici dell'Europa continentale").

⁽¹⁴⁾ Cfr. (senza pretese di completezza) art. 67-*quater*, comma 7, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con l. 7 agosto 2012, n. 134 ("principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali"); D.M. 19 ottobre 2012, n. 199 ("principio della buona fede e della correttezza").

⁽¹⁵⁾ Cfr. p.e., come più recenti, Cass.civ., sez. II, 30 gennaio 2013, n. 2202; Trib. Bari, 27 giugno 2013, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 1035.

⁽¹⁶⁾ V. p.e., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155, che inquadra nel principio generale di buona fede l'obbligo della stazione appaltante di fornire informazioni e chiarimenti ai partecipanti durante lo svolgimento delle procedure di gara pubblica.

⁽¹⁷⁾ Cfr., in particolare, M. BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁽¹⁸⁾ V., da ultimo, A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. - Annali V*, Giuffrè, Milano, 2012, 388 ss., che sviluppa una linea di pensiero prospettata soprattutto da V. Roppo.

⁽¹⁹⁾ V., da ultimo, G. VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contr. e impr.*, 2013, 917 ss.

all'interno del rapporto obbligatorio, e la sua violazione si configurava come un fatto di inadempimento e poteva essere soggetta solo alle sanzioni coerenti a tale qualificazione: risarcimento e risoluzione del contratto (dove il noto dogma che distingue regole "di comportamento" e regole "di validità" all'interno della disciplina dei contratti). Con l'allargamento della buona fede a strumento di controllo dell'esercizio della libertà contrattuale, tali rimedi appaiono, il più delle volte, insufficienti: è coerente con la nuova, più ampia funzione, il riconoscimento di rimedi specifici, e quello della nullità parziale e relativa di protezione (oggi sancita, per esempio, dall'art. 36 cod.cons. e dell'art. 9, l. 192/1998) appare il rimedio di elezione.

Oggi il dilemma presente in dottrina è se queste norme che prevedono nullità di protezione debbano considerarsi tassative o siano suscettibili di estensione analogica, fino alla costruzione di una regola generale atta ad essere applicata a tutti i casi di violazione della buona fede nell'esercizio della libertà contrattuale ⁽²⁰⁾.

In ogni caso, allo stato attuale di questo percorso espansivo — pur non interamente, né definitivamente compiuto — la buona fede non è più soltanto fonte di doveri comportamentali, ma è divenuta anche strumento di controllo della libertà contrattuale e quindi un vero e proprio "principio giuridico", atto a fungere da criterio di valutazione della legittimità/validità di atti giuridici ad esso assoggettati.

Ciò che dev'essere però notato è che, in questa nuova funzione, rimangono vaghi i criteri di concretizzazione della buona fede, come limite alla libertà contrattuale. Se anche può dirsi affermata l'idea che si debba andare oltre una prospettiva strettamente relazionale (rispetto delle aspettative socialmente apprezzabili di un soggetto determinato: prospettiva che rimane ancora valida nell'interpretazione delle norme sulla buona fede *in executivis*), la buona fede, intesa come criterio di rispetto dei legittimi interessi di una controparte "debole" socialmente tipica, può ancorarsi solo ad un più generale principio di solidarietà sociale ⁽²¹⁾. Ma questo principio può essere ricco di contenuti quando si tratta di ponderare i diversi sacrifici sopportati, in un determinato rapporto contrattuale, da due parti concretamente individuate; esso invece è quasi muto quando si tratta di effettuare

⁽²⁰⁾ La tendenza prevalente a riconoscere il "principio generale di buona fede" sul piano del diritto sostanziale dovrebbe portare coerentemente a sviluppare il riconoscimento di rimedi specifici contro gli atti compiuti in violazione del principio. Ciò spiega perché la notissima sentenza di Cass.civ., ss.uu., 19 dicembre 2007, n. 26724, che ha ritenuto invece applicabile il solo rimedio risarcitorio ai casi di violazione di obblighi di informazione precontrattuali abbia suscitato un certo disorientamento dottrinale. Ma in realtà la portata di questo precedente non può estendersi a tutti i casi ipotizzabili di violazione del principio generale di buona fede, così come viene oggi concepito.

⁽²¹⁾ Cfr. M. MANTELLO, *Autonomia privata e problemi giuridici della solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2007.

un bilanciamento fra un certo contenuto negoziale predisposto da un impresa “forte” e i sacrifici che questo contenuto impone ad una serie indeterminata di possibili contraenti (la logica del mercato può infatti giustificare, in molti casi, questi sacrifici gravanti su una categoria di soggetti interessati, in quanto compensati da guadagni di efficienza complessivi, che incrementano il benessere collettivo). In questa prospettiva il terreno del giudizio slitta inevitabilmente verso quello del giudizio di meritevolezza dell’interesse perseguito da determinati pattuizioni (cioè verso il controllo causale) (22). Per questo tipo di giudizio finiscono per soccorrere criteri di efficienza economica, simili a quelli, ben noti, che presiedono al giudizio di validità/liceità delle intese restrittive della concorrenza (art. 101.3 T.F.U.E.).

Tutto ciò propone ragioni significative per ripensare criticamente l’attuale processo di espansione del “principio generale di buona fede” e per guardare con preferenza alle (oggi minoritarie) concezioni restrittive sulla portata di questo c.d. principio.

Ciò che conta però sottolineare, in questa sede, è che:

a) il principio di buona fede, nella sua portata generale (così come configurata dalle dottrine estensive) ha come rimedi appropriati il risarcimento del danno e la nullità/inefficacia di determinate clausole negoziali;

b) la concretizzazione del principio di buona fede come limite alla libertà contrattuale conduce a far capo al più generale principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost., art. 1.2 T.U.E.), suscettibile di significative applicazioni in contesti relazionali personalizzati, oppure sfocia in un giudizio di meritevolezza dell’interesse perseguito, assimilabile al controllo causale, così come ben conosciuto nell’ordinamento italiano.

Si può osservare fin d’ora che l’applicazione del principio di buona fede agli atti societari, così come oggi conosciuto nel diritto vivente italiano (23), presenta almeno un profilo eccentrico, rispetto a questo modello normativo: il principio di buona fede è impiegato (attraverso il *medium* logico della “non conformità alla legge”, presente nel testo nor-

(22) Cfr. S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, 701 ss.

(23) Questa linea di pensiero, avviata da G.Ferri, ha avuto la sua espressione fondamentale in A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento della società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Giuffrè, Milano, 1987, e poi in D. PREITE, *L’abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992 (nonché Id., *Abuso di maggioranza e conflitto d’interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo e G.B. Portale, III**, Utet, Torino, 1993, 74 ss.).

In giurisprudenza, punto di partenza (o forse, piuttosto, di consolidamento) di questo orientamento è la celebre sentenza di Cass.civ., sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151. Ometto riferimenti alla giurisprudenza successiva di diritto societario (che spesso enuncia il principio, anche se raramente giunge a ritenerlo violato nei casi concreti).

mativo dell'art. 2377 c.c.) per giustificare una tutela di annullamento (sottoposta ad un brevissimo termine di decadenza).

5. *Il divieto di abuso del diritto: dalla concezione soggettiva (animus nocendi) a quella oggettiva (sviamento dall'interesse tutelato dalla norma attributiva del diritto). I rimedi (analoghi a quelli relativi alla violazione del principio di buona fede).* — La dottrina dell'abuso del diritto nasce invece sul terreno della disciplina dei diritti assoluti, e del diritto di proprietà in particolare. Per una elementare esigenza di giustizia si afferma un limite allo *ius utendi et abutendi* del proprietario, almeno in situazioni in cui il suo esercizio sia viziato da dolo specifico, cioè dall'intenzione specifica di nuocere ad un altro proprietario, senza alcun vantaggio immediato proprio (24). Su questa base si formano disposizioni come quella sul divieto degli atti emulativi dell'art. 853 c.c. o lo *Schikaneverbot* del § 226 BGB.

Sulla base di questo nucleo originario, di ascendenza romanistica, la dottrina dell'abuso del diritto avvia, nel corso del XX secolo, un duplice processo espansivo (maturato soprattutto nell'esperienza giuridica francese, e ciò malgrado l'assenza, in quell'ordinamento, di un testo normativo contenente il divieto).

In primo luogo, l'idea di abuso viene svincolata dai ristretti limiti del dolo intenzionale. Fondandosi sull'idea elementare, già radicata nelle teorie ottocentesche del diritto soggettivo (da Jhering in poi), per cui questo è sostanzialmente una modalità di tutela di un certo interesse, si giunge a formulare la proposizione della "abusività" (e quindi non meritevolezza della tutela) di atti, formalmente configurabili come esercizio di un certo diritto, ma per altro verso incoerenti con la funzione (normativa) di tutela di quell'interesse per cui è precostituito il diritto soggettivo. Si giunge così alla concezione "oggettiva" dell'abuso, come contraddizione funzionale fra l'atto di esercizio del diritto e l'interesse legalmente protetto dall'attribuzione del diritto stesso. Questa concezione viene anche tradotta in testi normativi, in diversi ordinamenti europei (Svizzera, Olanda, Spagna) (25).

In secondo luogo, l'idea di abuso viene svincolata dal riferimento stretto al diritto di proprietà e collegata a qualsiasi tipo di diritto soggettivo. Questo fenomeno si accompagna al contemporaneo (26) processo di "moltiplicazione dei diritti", che porta a riconoscere numerosi diritti "non

(24) Peraltro, è nota la presenza di un filone di pensiero paleoliberalista (che fu principalmente rappresentato, nella dottrina italiana, da V. Scialoja) che si opponeva al riconoscimento del divieto degli atti emulativi, in nome dell'ideale di certezza del diritto.

(25) Per una diligente ed aggiornata rassegna comparatistica sul tema si rinvia a A. LAS CASAS, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, in *Comparazione e diritto civile* [rivista telematica], 2013.

(26) E discutibile, ma comunque facente ormai parte del "diritto vivente".

titolati” (dai tradizionali diritti della personalità alla crescente serie di diritti fondamentali della persona, fino ai diritti strumentali o di partecipazione, etc.). Le potenzialità di applicazione della dottrina dell’abuso si ampliano così enormemente (basti pensare alle applicazioni domestiche in materia di “abuso del processo” e a quelle — avallate anche dalla giurisprudenza comunitaria e divenute ormai oggetti di numerosissime applicazioni giurisprudenziali — di abuso di scelte negoziali a fini di elusione di norme tributarie).

Il processo si allarga ulteriormente quando fra i “diritti” suscettibili di abuso si comprende anche la libertà contrattuale, e poi — con successivo passaggio analogico — si passa anche alle situazioni di potere di fatto, sì da volere spesso comprendere, in un quadro sistematico unitario, anche situazioni dotate di disciplina normativa propria, come l’abuso di posizione dominante e l’abuso di dipendenza economica ⁽²⁷⁾.

Questa concezione, oggettiva ed allargata, dell’abuso del diritto ha oggi una vasta diffusione sul piano comparatistico e può dirsi anche accolta nel diritto europeo ⁽²⁸⁾, ove l’art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’U.E. reca una rubrica molto netta (“divieto dell’abuso del diritto”), benché contenga poi un testo normativo alquanto ambiguo.

Nel diritto italiano la giurisprudenza recente (ordinaria ed amministrativa) ha accolto pienamente la concezione oggettiva ed allargata dell’abuso del diritto ⁽²⁹⁾ ed oggi segue un orientamento eclettico, che accomuna

⁽²⁷⁾ A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 311, distingue, “nella storia del pensiero giuridico della tradizione occidentale”, sette diversi impieghi della dottrina dell’abuso del diritto: (i) abuso del diritto soggettivo; (ii) abuso del potere giuridico; (iii) abuso del processo; (iv) abuso del potere di fatto; (v) abuso delle libertà (e in specie della libertà contrattuale); (vi) abuso interpretativo del diritto oggettivo; (vii) abuso delle forme giuridiche o dei tipi legali (contrattuali o di soggetti artificiali [c.d. abusi della personalità giuridica]).

L’elencazione è forse ridondante, in alcuni punti, ma segnala efficacemente la ricchezza di impieghi che è stata ormai acquisita dalla dottrina dell’abuso.

Si può anche segnalare un fenomeno di riflusso di queste discipline speciali sulla dottrina generale di divieto di abuso del diritto. Così, p.e. la dottrina del *patent misuse* tende ad evolversi, da un’originaria impostazione soggettivistica, fino a recepire i ben più complessi criteri di valutazione delle fattispecie di abuso, elaborati nell’applicazione delle norme antitrust (cfr. T. KÄSEBERG, *Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and the US*, Hart, Oxford, 2012). Ciò può indurre, peraltro, a dubitare dell’utilità di una concezione così allargata.

⁽²⁸⁾ Cfr. M. PANDIMIGLIO, *L’abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1076 ss.; e già prima del Trattato di Lisbona, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell’ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁽²⁹⁾ Nella giurisprudenza civile v., in primo luogo, le notissime sentenze di Cass.civ., ss.uu., 15 novembre 2007, n. 23726 (abuso del processo per artificioso frazionamento del credito) e di Cass.civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106 (abuso del diritto di recesso contrattuale). Nella giurisprudenza amministrativa v. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656 e Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 703 (abuso del diritto di ricorso in appello, nel caso in cui l’appellante contesti la giurisdizione del giudice amministrativo, che egli stesso ha adito in primo grado); v. anche Cons. Stato, ad.plen., 23 marzo 2011, n. 3 (che richiama

il dovere di buona fede e il divieto di abuso del diritto (e talora anche la figura dell'*exceptio doli generalis* ⁽³⁰⁾) in una clausola generale sostanzialmente unitaria ⁽³¹⁾. Le applicazioni giurisprudenziali più numerose, peraltro, si registrano proprio in terreni distanti da quelli di applicazione del principio di buona fede (abuso del processo, abuso di mezzi negoziali a fini di elusione tributaria).

La dottrina italiana è stata tradizionalmente restia ad accogliere la dottrina dell'abuso del diritto (a differenza di ciò che è avvenuto per il principio di buona fede, che però poteva giovare di basi testuali nel codice civile). Su tale diffidenza ha pesato un argomento, logicamente inconsistente ma autorevolmente sostenuto, che denuncia la pretesa contraddittorietà logica del concetto di abuso del diritto ⁽³²⁾. Questo argomento è

anche il principio del divieto di abuso per giustificare la pregiudiziale di annullamento contro l'azione di risarcimento del danno da parte dell'interessato, che avrebbe potuto mitigare il danno stesso chiedendo tempestivamente l'annullamento dell'atto dannoso).

⁽³⁰⁾ Che è speculare (e in larga parte sovrapponibile) rispetto alle clausole generali richiamate nel testo, ma ha a sua volta una radice diversa, legata alla *regula iuris* romanistica "*fraus omnia corrumpit*". Non ci soffermiamo su di essa, per non allungare ulteriormente il discorso. V. però la completa trattazione di G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005.

⁽³¹⁾ V. le sentenze citate alla nt. 28, cui *adde*, come più recente, Cass.civ., sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10568.

⁽³²⁾ In una concezione rigorosamente normativistica il concetto di abuso del diritto non presenta alcuna contraddizione (v. infatti R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, Utet, Torino, 2012, 1 ss., che contesta la categoria perché — a suo avviso — superflua, ma ne afferma la piena sostenibilità sul piano logico). Come non è contraddittorio che una norma incriminatrice preveda circostanze esimenti, in presenza delle quali viene meno l'antigiuridicità della condotta incriminata, così pure è possibile che una norma attributiva di diritti preveda circostanza dequalificanti, che precludono l'accesso alla tutela che l'ordinamento normalmente fornisce al diritto soggettivo (in questo senso non c'è niente di contraddittorio nell'art. 833 c.c.).

Il fatto che buona parte della dottrina italiana insista nell'affermare che i casi di abuso si porrebbero, per definizione, "fuori" dei confini dell'oggetto del diritto soggettivo (in passato soprattutto F. Santoro Passarelli; più di recente, p.e., M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Nuova Giur. Civ. Comment.*, 2010, I, 231 ss.), mira sostanzialmente a negare la vigenza di una regola generale di divieto di abuso (che come tale è, ovviamente, a contenuto indeterminato) ed a limitare i casi di "abuso" a quelli in cui, come avviene nella disposizione dell'art. 833 c.c., sia stato il legislatore stesso a stabilire un limite alla tutela del diritto soggettivo. Si tratta quindi di un'opzione interpretativa (certamente legittima, ma) fondata su un giudizio di valore negativo circa le potenzialità applicative della dottrina generale dell'abuso, e non della pura affermazione di un'esigenza logica.

Una versione più sofisticata della tesi della contraddittorietà è stata, da ultimo, sostenuta da A. GENTILI (nt. 26), il quale sostiene l'ammissibilità di casi di "abuso" fondati sull'esistenza di una "lacuna assiologica" interna ad una certa norma, e più precisamente sull'applicazione di principi posti a fondamento di una determinata norma attributiva di diritti e perciò intrinsecamente atti a limitarne la portata; ritiene invece eversiva la dottrina che afferma il divieto di abuso del diritto come principio generale dell'ordinamento.

Anche a questa tesi può obiettarsi che l'esistenza di una lacuna assiologica non è un dato oggettivamente verificabile, ma è piuttosto il risultato di un giudizio di valore del giurista-interprete, come pure frutto di giudizi di valore è la scelta, che dev'essere ragionevolmente argomentata e non può essere empiricamente verificata, dei principi giuridici individuati come punti di riferimento fondanti di determinate regole particolari, attributive di diritti.

Credo, comunque, che sull'indebita fortuna della tesi della contraddittorietà della

stato superato da contributi dottrinali (in particolare, P. Rescigno) che hanno valorizzato le potenzialità della figura e così spianato il campo alla successiva recezione giurisprudenziale.

Una volta avvenuta questa recezione, una parte della dottrina ha aderito pienamente all'orientamento eclettico della giurisprudenza⁽³³⁾. Altri giuristi hanno cercato di superare l'eclettismo giurisprudenziale e di formulare costruzioni più analitiche e razionali. In tal senso sembra oggi contrapporsi una linea di pensiero che concepisce il divieto di abuso come un'applicazione di un macroprincipio generale di buona fede⁽³⁴⁾ e una diversa linea di pensiero, che attribuisce al divieto di abuso una più ampia consistenza, tale da coprire tutti i casi di esercizio del diritto caratterizzato da sviamento rispetto alla protezione dell'interesse tutelato dalla norma attributiva del diritto⁽³⁵⁾.

Quest'ultima concezione richiede in verità (in un ordinamento come quello italiano, che non contiene un divieto normativo testuale generale che vieti l'abuso) l'individuazione di un più preciso fondamento a livello di principi, che può essere ravvisato — mi sembra — sempre e solo al livello del più generale principio di solidarietà (principio che impone un'autolimitazione delle scelte egoistiche ed impone anche il rispetto di doveri di protezione di interessi altrui).

In ogni caso, credo che la tesi che riconosce al divieto di abuso un ambito applicativo più ampio rispetto al principio generale di buona fede rappresenti correttamente lo stato del diritto vivente.

Questa differenza può cogliersi meglio se si guarda al profilo rimediale. Nella sua configurazione originaria, il divieto di atti emulativi si pone come norma impositiva di un dovere comportamentale; la violazione di essa dà luogo ad un illecito, sanzionabile con il risarcimento per equivalente e/o con rimedi specifici, quali l'inibitoria o la riduzione in pristino

dottrina dell'abuso del diritto abbia anche influito un pregiudizio ontologico, che ha portato a concepire il diritto soggettivo come una sorta di entità organica, come tale suscettibile solo di un giudizio radicale di esistenza o di inesistenza.

⁽³³⁾ V., in particolare, F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 311 ss.

⁽³⁴⁾ In questo senso, ma sulla base di un lungo e complesso *excursus*, che porta l'a. anche a criticare l'uso stesso del sintagma "divieto di abuso", F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 75 ss.

⁽³⁵⁾ Gli aa. che propongono una ricostruzione del divieto di abuso distinta rispetto al principio di buona fede (cfr., p.e., C. RESTIVO, *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano 2007; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 11 ss.; M. ROBLES, *Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 755 ss.) fanno capo, in sostanza, ad una nozione oggettiva di abuso, caratterizzata non dalla violazione dolosa di un dovere comportamentale (che pur sarà spesso presente), bensì da una deviazione, oggettivamente accertabile, rispetto alla tutela dell'interesse per la cui protezione il diritto soggettivo è stato attribuito al suo titolare.

della situazione alterata ⁽³⁶⁾. Nella sua accezione oggettiva ed allargata, il divieto di abuso del diritto si estende dagli atti materiali lesivi del diritto altrui ad atti giuridici, rispetto ai quali la sanzione appropriata è quella della nullità o inefficacia (che, in riferimento ad istanze o atti processuali, diviene inammissibilità o irricevibilità ⁽³⁷⁾).

Nella prospettiva delineata, il divieto di abuso del diritto si allarga dunque dai profili originari strettamente relazionali (ancora insiti nel divieto degli atti emulativi), fino a cogliere anche atti non caratterizzati da specifico *animus nocendi*, né da lesione di legittime aspettative di una controparte determinata, bensì caratterizzati da sviamento di interesse. Questo fenomeno di superamento del profilo strettamente relazionale era stato sopra notato anche con riferimento all'applicazione allargata del principio di buona fede. Tuttavia, mentre con riferimento al principio di buona fede il sindacato sull'esercizio scorretto della libertà contrattuale, quando non può fondarsi su criteri di solidarietà interpersonale, finisce per refluire nel generale controllo causale di meritevolezza dell'interesse perseguito, il divieto di abuso consente, in linea di principio, un controllo più penetrante, che muove dall'individuazione dell'interesse specifico tutelato dalla norma attributiva del diritto e nega efficacia a quegli atti di esercizio del diritto che appaiano in contraddizione con la finalità costitutiva del diritto stesso.

In conclusione, può affermarsi che:

a) il divieto di abuso del diritto ha come rimedi appropriati il risarcimento del danno, anche in forma specifica, e la nullità/inefficacia/inammissibilità (irricevibilità) di determinati atti di esercizio del diritto;

b) la concretizzazione del divieto di abuso conduce a far capo al più generale principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost., art. 1.2 T.U.E.), suscettibile di significative applicazioni in contesti relazionali personalizzati, oppure sfocia in un giudizio di sviamento dell'interesse perseguito dall'atto di esercizio del diritto rispetto all'interesse tutelato dalla norma attributiva del diritto stesso.

⁽³⁶⁾ Cfr. Cass. civ., sez. II, 11 aprile 2001, n. 5421.

Più in generale cfr. R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *Comparazione e diritto civile* [rivista telematica], 2010.

⁽³⁷⁾ È stata inquadrata nel divieto di abuso del processo anche la pronuncia di inammissibilità della domanda in conseguenza del c.d. filtro in appello, istituito dall'art. 348-bis, c.p.c. (cfr. App. Roma, 23 gennaio 2013, in *Giur. it.*, 2013, 12).

È comunque ancor oggi prevalente l'idea che l'abuso del processo possa essere sanzionato solo con la condanna punitiva alle spese e non con la dichiarazione di inammissibilità della domanda (cfr., p.e., P.M. VIPIANA, *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali*, in *Giur. it.*, 2012, 1429 ss.). In tal senso è stato sostenuto, con serietà di argomenti, che le conclusioni giurisprudenziali in tema di inammissibilità o inefficacia di atti processuali c.d. abusivi possono tutte trovare spiegazione — senza dover invocare la dottrina dell'abuso del diritto — in precise norme o principi processuali (cfr., p.e., A. SCARPA, *Abuso del processo: clausola generale o pleonasma?*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1114 ss.)

Se si confrontano queste conclusioni con quelle sopra esposte con riferimento al principio generale di buona fede, si nota come gli esiti applicativi delle due macroregole presentino ampi spazi di interferenza, ma anche differenze e complementarità.

A questo punto diventa un problema di strategia comunicativa scegliere tra la tesi che considera il divieto di abuso come un'applicazione del principio generale di buona fede (soluzione "tedesca") e quella che pone come principio generale il divieto di abuso, lasciando poi alla buona fede una funzione residuale, conforme alla sua accezione originaria di fonte di doveri comportamentali nell'ambito di rapporti interpersonali individualizzati (soluzione "francese"). Sempre che si abbia chiaro che il discorrere di divieto di abuso consente un controllo funzionale dell'atto di esercizio del diritto(/potere) più incisivo (perché legato alla previa individuazione di una funzione specifica del diritto), rispetto a quanto sia consentito dalla sola e diretta applicazione del principio di buona fede.

6. *Il sindacato di legittimità sugli atti amministrativi: funzionalizzazione del potere, valorizzazione del procedimento, centralità della tutela di annullamento con termine breve di decadenza. Differenze (maggiore pervasività e primato dei rimedi specifici) rispetto al sindacato per abuso del diritto.* — La dottrina dell'eccesso di potere amministrativo nasce su un terreno completamente diverso, che è notoriamente quello del controllo degli atti di esercizio del potere pubblico. Qui il problema nasceva dall'esigenza di superare una concezione del potere pubblico come *juris dictio* (o insieme di *privilegia potestatis*), ancora presente in epoca paleoliberalista. Una concezione che avvicinava il potere pubblico al diritto soggettivo e consentiva difese al cittadino solo mediante strumenti di (istanze di) autocorrezione degli atti di esercizio del potere. In questo senso, la stessa possibilità riconosciuta al cittadino di adire il giudice ordinario contro la pubblica amministrazione (come accadde nel Regno d'Italia nel 1865) si rivelava poco efficace, dal momento che il diritto comune, di ascendenza romanistica, non forniva — almeno a quei tempi — principi e regole efficaci ai fini del controllo degli atti di esercizio del potere.

Tutto il diritto amministrativo moderno nasce da questa esigenza di realizzare una efficace tutela del cittadino verso gli atti di esercizio del potere ⁽³⁸⁾, ma anche in funzione di controllo esterno sul buon andamento

⁽³⁸⁾ Il testo di riferimento, in materia, è L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari-Roma, 2001, ove la datazione dell'affermarsi del moderno diritto amministrativo è collocata nella svolta tra il finire del XIX e l'inizio del XX secolo, ed è incentrata sull'elaborazione dell'idea di potere funzionale e della corrispondente possibilità di un sindacato giurisdizionale per eccesso di potere sull'atto amministrativo.

Mezzo secolo dopo, l'idea della contrapposizione fra un diritto privato traducibile in un sistema di diritti soggettivi, il cui esercizio è affidata alla libertà del titolare, e il diritto amministrativo come insieme di poteri funzionali, era divenuta senso comune (cfr. G.

dell'amministrazione. Questa esigenza si realizza con la costruzione di un complesso di regole, estranee alla tradizione romanistica, che consentono il sindacato giudiziario di "legittimità" dell'atto amministrativo. Questo processo, che in larga parte coincide con la storia della giustizia amministrativa⁽³⁹⁾, è incentrato sulle nozioni di potere funzionale e di interesse legittimo. Ma, come già detto, questo pungolo esterno all'azione amministrativa è visto anche come strumento per dare maggiore coerenza ed efficacia (nel senso di *accountability*) all'azione amministrativa (in questo senso si ricordino le teorie più antiche sull'interesse legittimo come mezzo dato al cittadino per contribuire, occasionalmente, alla migliore realizzazione del pubblico interesse).

La svolta storica, in questa materia, è costituita dalla legge del 1889 che istituisce la moderna giustizia amministrativa, stabilendo la regola (tuttora vigente) che prevede l'annullabilità dell'atto amministrativo per "incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge"; e, contemporaneamente, fissa termini molto brevi per l'esercizio dell'azione di annullamento (relegando a casi estremi e improbabili l'eventuale vizio di nullità insanabile).

La *ratio* di questa scelta normativa sta certamente nell'esigenza di contemperare le esigenze di tutela dei legittimi interessi dei cittadini con l'altrettanto primaria esigenza di garantire la continuità dell'attività amministrativa e la stabilità della relativa organizzazione.

Si deve immediatamente rilevare che la struttura della normativa sul sindacato di legittimità dell'atto amministrativo presenta un tessuto più articolato di quello che abbiamo sopra rilevato per i principi elaborati dalla giurisprudenza civile con riferimento al controllo dei poteri privati: all'ec-

ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Utet, Torino, 1960, 785 ss.) e sembravano superate le correnti teoriche che, nei decenni precedenti, avevano cercato di assimilare il diritto amministrativo alle categorie generali della dogmatica privatistica (e che, in nuove forme, hanno ripreso vigore successivamente: v. *infra*, nt. 42).

Una recente, decisa affermazione della concezione tradizionale, può leggersi in M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.

Molto istruttiva, anche ai fini del discorso sinteticamente svolto nel testo, è la comparazione — sotto il profilo della formazione di un "diritto amministrativo" — fra le due principali esperienze storiche di stati moderni europei (Francia e Gran Bretagna), svolta da S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*², a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2003, I, 1 ss. (e *ivi*, p. 81, la constatazione secondo cui al monismo giudiziario britannico "si è sempre accompagnata anche una timidezza dei giudici nei confronti dell'amministrazione pubblica"; così come risalente — si veda il riferimento a Maurice Hauriou [34-5] — è l'idea che la creazione di un giudice amministrativo speciale sia stata un potente strumento di creazione di regole sostanziali governanti l'attività amministrativa).

⁽³⁹⁾ Storia narrata in numerosissimi scritti. Fra i tanti v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*³, Il Mulino, Bologna, 1976, 67 ss.; nonché, come più recente, l'appassionata ricostruzione di M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione, Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Giappichelli, Torino, 2008; *Id.*, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss.

cesso di potere (in qualche modo intuitivamente avvicinabile all'abuso del diritto) si accompagnano i vizi "formali" di incompetenza e di violazione di legge (che non esistono nel diritto privato generale, ove ogni soggetto è portatore di capacità tendenzialmente illimitata e il processo di formazione dei fini individuali e delle relative manifestazioni di volontà è tendenzialmente sottratto ad ogni sindacato giudiziario).

Il testo normativo sui vizi di legittimità dell'atto amministrativo diviene, nei decenni successivi, banco di prova di importanti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. L'eccesso di potere, inizialmente concepito come *détournement* [sviamento] (i.e. esercizio del potere per finalità diverse da quelle per cui è istituito; concezione che corrisponde all'attuale approdo della dottrina dell'abuso del diritto), progressivamente si allarga, con il rafforzamento del rilievo giuridico dell'idea di potere funzionale (cioè di potere attribuito esclusivamente per la cura di interessi predeterminati e non disponibili da parte del titolare del potere). L'eccesso di potere si allarga quindi dai casi estremi di sviamento a tutti i casi in cui il potere stesso sia stato male esercitato (p.e. per difetto di istruttoria, per inadeguata considerazione di alcuno degli interessi coinvolti, etc.); contemporaneamente, il vizio di violazione di legge si allarga fino a comprendere l'esigenza di rigoroso rispetto del procedimento amministrativo, in tutti i suoi passaggi formali e sostanziali (ivi compreso, p.e., l'obbligo di motivazione degli atti).

Questo processo, avviato dalla dottrina⁽⁴⁰⁾, si consolida poi nella legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241), che rimane una delle poche "grandi" leggi dell'ordinamento italiano, nella seconda metà del XX secolo. Il processo di costruzione di un completo sistema di controllo giudiziario sugli atti amministrativi si completa, infine, con il riconoscimento della risarcibilità della lesione di interessi legittimi (con la celebre sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 500 del 1999), poi dettagliatamente disciplinata dal codice del processo amministrativo del 2010 (che comunque, all'art. 30, conferma la priorità sistematica della tutela di annullamento, escludendo la risarcibilità dei danni che il danneggiato stesso avrebbe potuto evitare esercitando tempestivamente l'azione di annullamento).

A questo punto deve concludersi nel senso che la disciplina del sindacato di legittimità degli atti amministrativi è, per diversi aspetti,

⁽⁴⁰⁾ Anche la storia delle dottrine sul sindacato di legittimità dell'atto amministrativo, e sull'eccesso di potere in particolare, è stata narrata numerose volte. Una recente, accurata ricostruzione (G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012) individua, come punto di consolidazione di questo processo di valorizzazione giuridica della funzionalizzazione del potere e del procedimento amministrativo, il saggio di F. Benvenuti sull'eccesso di potere del 1950.

diversa rispetto a quella riassumibile nel concetto di divieto di abuso del diritto:

a) il controllo di legittimità non si esaurisce nel divieto di eccesso di potere ma si estende al rispetto di garanzie normative (competenza e norme procedurali: adeguata istruttoria, motivazione, rispetto dei diritti di informazione e di partecipazione degli interessati, etc.);

b) l'eccesso di potere non si esaurisce nella figura dello sviamento, ma comprende tutti i casi di esercizio inadeguato o inefficiente del potere stesso, rispetto ad un modello ideale di cura efficace e imparziale degli interessi rilevanti;

c) il sindacato di legittimità è incentrato su una rapida tutela di annullamento, con l'attribuzione di un ruolo accessorio al rimedio risarcitorio e il confinamento in casi eccezionali del rimedio di nullità/inefficacia.

Ritengo che questo sistema normativo sia non solo diverso (soprattutto perché incentrato sulla tutela di annullamento, anziché sul binomio risarcimento/nullità), ma anche complessivamente più ampio e penetrante, rispetto ai modelli di sindacato sui poteri privati finora elaborati in giurisprudenza e sopra descritti (buona fede e abuso del diritto) ⁽⁴¹⁾.

Sorprende perciò che un filone (apparentemente in crescita) di dottrina amministrativistica proponga l'abbandono della dottrina dell'eccesso di potere e la sua sostituzione con il principio generale di buona fede di ascendenza privatistica ⁽⁴²⁾. Se l'obiettivo apparente di queste dottrine è quello di eliminare privilegi dell'amministrazione, credo che la soluzione non sia appropriata: il principio di buona fede può magari favorire una più immediata percezione di eventuali vizi dell'atto consistenti in comportamenti discriminatori o vessatori nei confronti di eventuali interessi privati,

⁽⁴¹⁾ Prova ne è l'esperienza verificatasi in un campo in cui la legislazione ha espressamente scelto di sottrarre una materia all'applicazione del diritto amministrativo e di spostarla sul terreno del diritto privato (c.d. pubblico impiego privatizzato). Qui la giurisprudenza ha abbandonato l'idea che gli atti datoriali siano sindacabili in termini di eccesso di potere amministrativo, e applica costantemente il principio privatistico di buona fede, ma, in sostanza, finisce per riesumare, sul nuovo terreno, i diversi criteri sintomatici sull'eccesso di potere che si sono consolidati nella prassi del sindacato di legittimità degli atti amministrativi. La vicenda è ampiamente descritta in G. SIGISMONDI (nt. 40), 177 ss.

In realtà, la *ratio* della privatizzazione del pubblico impiego non è stata quella di tutelare meglio il lavoratore, bensì quella di dare maggiore spazio alla contrattazione collettiva e al potere dei sindacati.

⁽⁴²⁾ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, Milano, 2005; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008. Deludente la conclusione del citato scritto di G. SIGISMONDI (nt. 40), che afferma una sostanziale fungibilità dei due modelli di controllo del potere, senza approfondire analiticamente il punto relativo alle residue differenze (dall'a. ritenute, evidentemente, non sostanziali) e alla valutazione delle stesse in termini di politica del diritto.

Un'ampia disamina della linea di pensiero criticata nel testo, con conclusioni perplesse, può leggersi anche in G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubblico*, 2012, 81 ss.

ma si deve subito osservare che *tutti* questi vizi sarebbero altrettanto rilevabili come ipotesi di eccesso di potere; e che l'eccesso di potere consente di andare oltre, e di sindacare linearmente molte determinazioni che sarebbero, invece, difficilmente censurabili sul terreno della buona fede.

In ogni caso, anche a volere ammettere (il che non mi sembra possibile) che il controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti (ottenibile mediante il principio generale di buona fede) coincida con il controllo del rispetto del vincolo funzionale del perseguimento di determinati interessi precostituiti, resterebbe pur sempre da osservare che il sindacato di legittimità degli atti amministrativi si estende a possibili vizi (incompetenza, procedimento) che sono, come tali, estranei al principio di buona fede. Posto che nessuno pensa di abolire (tanto meno in via soltanto interpretativa) la rilevanza di questi vizi, resta confermata la maggiore ampiezza e la diversità del tradizionale modello di sindacato di legittimità sull'atto amministrativo, mentre resta da dimostrare quale sarebbe il guadagno — in termini di giustizia e di efficienza del sistema — dell'abbandono della dottrina autonoma dell'eccesso di potere ⁽⁴³⁾.

A parte la maggiore pervasività sul piano dei vizi rilevabili, le norme sul sindacato di legittimità degli atti amministrativi si caratterizzano, come già sopra sottolineato, per la centralità della tutela di annullamento, esperibile in breve periodo (e la sostanziale assenza del rimedio della nullità), e la sussidiarietà della tutela risarcitoria. La *ratio* di questa scelta, relativa ai rimedi esperibili, sta nella considerazione che la tutela specifica di annullamento è funzionale ad una autocorrezione *in itinere* di eventuali errori commessi nel corso dell'attività amministrativa e alla prevenzione di danni patrimoniali. In altri termini, la tutela specifica (tendenzialmente rapida) è anche più funzionale al buon andamento dell'attività, nell'ambito della quale si è prodotto l'atto illegittimo e pregiudizievole per interessi terzi.

7. *Le potenzialità di un'interpretazione sistematica che estenda al sindacato sulle deliberazioni degli organi societari alcuni profili normativi*

⁽⁴³⁾ È probabile che, sulla formazione di queste tesi dottrinali, abbiano influito, oltre al generale clima "antistatalistico", che è stato un segno dei tempi nell'ultimo quarto di secolo, la teorie della *Public Choice School* (cfr., per tutti, G. NAPOLITANO - M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, 31 ss.), che, applicando i metodi dell'analisi economica al diritto amministrativo, hanno visto le autorità pubbliche come insieme di soggetti tendenti a perseguire il proprio interesse individuale, offrendo diverse forme di scambio politico-amministrativo ai gruppi di interesse governati. Questa teoria offre certamente un potente mezzo di analisi sociologica dei processi decisionali pubblici, ma non giustifica affatto, sul piano normativo, lo smantellamento del sistema di diritto amministrativo costruito negli ultimi due secoli, che mira principalmente proprio a controllare e correggere le disfunzioni di questi processi decisionali.

del sindacato di legittimità degli atti amministrativi. — A conclusione dell'analisi svolta può dirsi che è inaccettabile la prima tesi di Denozza, secondo cui non ci sarebbero ormai differenze tra abuso del diritto ed eccesso di potere.

Ragionando, sulla base di questo rilievo, sull'inquadramento sistematico delle norme sul sindacato degli atti degli organi della s.p.a., viene facilmente in evidenza l'analogia di questo impianto normativo con il modello di sindacato tradizionale di legittimità degli atti del potere pubblico: (i) per le deliberazioni assembleari è tradizionale la centralità della tutela di annullamento⁽⁴⁴⁾ e la tutela degli interessi dei soggetti legittimati ad impugnare è contemperata con l'esigenza di continuità dell'attività e dell'organizzazione; al termine di una lunga evoluzione, questo tipo di sindacato del potere interno si estende, con l'art. 2388 c.c. post-riforma, agli atti dell'organo amministrativo; (ii) la disciplina post-riforma tende altresì a definire in modo netto il riparto di competenze (artt. 2364, 2380 c.c.); (iii) è disciplinato in modo sempre più articolato (soprattutto oggi, dopo l'introduzione degli artt. 125-*bis* e ss., t.u.f.) il procedimento di formazione delle deliberazioni.

A questo punto appare, almeno a prima vista, ragionevole riproporre l'idea che le norme sul sindacato degli atti degli organi della s.p.a. possano essere integrate analogicamente con quelle, più evolute, riguardanti il sindacato di legittimità degli atti del potere pubblico⁽⁴⁵⁾. Idea che era stata piuttosto diffusa nella dottrina e nella giurisprudenza anteriori al codice del 1942, ma è stata poi quasi del tutto abbandonata, per ragioni ideologiche⁽⁴⁶⁾ (anche se poi, nel diritto applicato, l'analogia è largamente presente, almeno nella ricostruzione dei diversi passaggi del procedimento collegiale⁽⁴⁷⁾).

⁽⁴⁴⁾ Tanto che l'idea del possibile cumulo del rimedio invalidativo e di quello risarcitorio ha richiesto una complessa elaborazione dottrinale (cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004). Dopo la riforma del 2005, che ha ammesso espressamente la tutela risarcitoria contro le deliberazioni assembleari illegittime, il tema è ripreso, con proposte interpretative estensive sull'applicazione del rimedio (ma anche con perplessità sulla sua efficacia pratica) da L. ENRIQUES - A. ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 1 ss.

⁽⁴⁵⁾ Analoga impostazione è stata sviluppata, per il diritto tedesco, da A. LOHSE, *Unternehmerische Ermessen: zu den Aufgaben und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat*, Mohr/Siebeck, Tübingen, 2005.

⁽⁴⁶⁾ Fanno eccezione le proposte dottrinali di A. Candian (1942) e di A. Maisano (1976). Sulle ragioni ideologiche della *damnatio memoriae* dell'istituzionalismo societario in Italia (ragioni consistenti nel timore che questa dottrina possa rafforzare orientamenti protezionistici a favore dei gruppi di potere privato) mi sono soffermato in più occasioni. V., da ultimo, M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *La responsabilità sociale dell'impresa - In ricordo di Giuseppe Auletta*, a cura di V. Di Cataldo e P.M. Sanfilippo, Giappichelli, Torino, 2013, 26 ss.

⁽⁴⁷⁾ V. *infra*, nt. 50.

L'utilità della ripresa di questa ipotesi può fondarsi, a mio avviso, su due argomenti fondamentali.

In primo luogo, vi è la constatazione di uno squilibrio permanente nella disciplina dell'impresa, costituito dalla scarsa efficacia di tutti i sistemi di controllo, pubblico e privato, contro le gestioni dissipatorie ed inefficienti, che finora sono stati sperimentati ⁽⁴⁸⁾ e dalla percezione di un fenomeno crescente di accentramento di potere, non accompagnato da adeguati contrappesi e responsabilità, nei vertici dell'impresa (fenomeno ideologicamente mascherato, nell'ultimo quarto di secolo, dall'esaltazione delle virtù selettive dei mercati finanziari).

In questa situazione può apparire ragionevole una linea di rafforzamento degli strumenti di *private enforcement*, atti a contrastare le scelte gestionali dissipatorie o inefficienti, cioè di rafforzamento — mediante interpretazione sistematica (o *analogia iuris*, per usare un'antica terminologia — degli strumenti c.d. di *voice* all'interno dell'organizzazione societaria: e ciò in funzione non di un'astratta esigenza di democrazia (che, come tale, non può avere peso decisivo all'interno dell'organizzazione, necessariamente "autoritaria", di un'impresa capitalistica), bensì dell'esigenza di costruire un adeguato sistema di contrappesi al potere decisionale (tendenzialmente "monarchico") del vertice dell'impresa ⁽⁴⁹⁾. In tal senso, peraltro, sembra doversi ricostruire la *ratio* della direttiva 2007/36/CE sui diritti degli azionisti.

In secondo luogo, si può manifestare l'impressione di una insufficienza

⁽⁴⁸⁾ Cfr. M.C. JENSEN, *The Modern Industrial Revolution. Exit and the Failure of Internal Control Systems* [rev.ed. 1999, reperibile in S.S.R.N.]. V. anche M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai sistemi c.d. alternativi*, in corso di pubblicazione nella raccolta di *Studi in onore di P. Abbadessa*.

⁽⁴⁹⁾ Nell'euforia liberistica dell'ultimo quarto di secolo, ha avuto credito eccessivo — a mio avviso — la tesi dell'equivalenza funzionale tra strumenti di *voice* e strumenti di *exit*, introdotta dal noto saggio di A.Hirschman del 1970. Senza con questo voler ignorare l'efficacia deterrente che può avere, rispetto a scelte organizzative e gestionali sbagliate, l'estensione della possibilità di recesso dell'investitore, resta il fatto che lo strumento del recesso è un mezzo radicale e traumatico (che, oltre tutto, non garantisce di evitare contenziosi) e che l'idea di favorire l'*exit* si colloca in una prospettiva di breve durata dell'investimento, funzionale a quello *short-termism* che ha costituito uno dei punti più critici dell'evoluzione recente della disciplina della grande impresa.

Per una critica al paradigma dell'equivalenza v., p.e., P. LYSANDROU - D. STOYANOVA, *The Anachronism of the Voice-Exit Paradigm: institutional investors and corporate governance in the UK*, in *Corporate Governance*, 2007, 1070 ss.

D'altra parte, non è del tutto vero che la riforma societaria del 2005, "nella dialettica *exit/voice* ha scelto di rafforzare la prima e di indebolire la seconda" (così S. BRUNO, *Exit / Voice ed efficienza: ma cosa vuol dire efficienza?*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2012; ma si tratta di un'opinione corrente): almeno l'art. 2388 c.c., nel prevedere un più articolato sindacato sulle delibere dell'organo amministrativo, può essere interpretato in senso opposto.

A mio avviso, è più corretto sostenere che la riforma del 2005 ha rafforzato il potere discrezionale degli organi della società, eliminando ogni previsione di diritti individuali intangibili degli azionisti. Ma proprio questa scelta normativa giustifica l'ampliamento del sindacato giudiziario sugli atti di esercizio del potere discrezionale.

ed incoerenza del tipo tradizionale di sindacato giudiziario sugli atti societari (almeno in Italia, e con riguardo alle deliberazioni assembleari). Questo tipo di sindacato, da un lato, ammette la rilevanza di qualsiasi vizio formale e procedimentale ⁽⁵⁰⁾, in analogia con la disciplina del sindacato di legittimità degli atti amministrativi (e qualche volta va oltre, giungendo a ritenere non rilevante l'accertamento di un interesse concreto dell'impugnante all'ottenimento del rimedio richiesto, accontentandosi della mera legittimazione formale ⁽⁵¹⁾); dall'altro lato censura il contenuto delle delibere applicando il principio di buona fede, che opera in modo appropriato nella maggior parte dei conflitti societari (perché questi sono, di norma, conflitti cronici fra due azionisti o due gruppi di azionisti, e le delibere impugnate sono caratterizzate da vero e proprio *animus nocendi*), ma viene applicato in modo forzato (salvo a volere adottare la concezione estrema del principio di buona fede come criterio di controllo equitativo di qualsiasi atto di autonomia privata) in casi in cui certe delibere sono contestate perché pregiudizievole per l'interesse sociale (si pensi alla giurisprudenza in materia di compensi degli amministratori ⁽⁵²⁾); infine, reagisce a situazioni di supposta iniquità allargando, oltre i confini del testo normativo, il riconoscimento dei vizi negoziali — rigidi ed imprescrittibili — della nullità o dell'inefficacia o dell'inesistenza della deliberazione ⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ V., p.e., Cass. civ., sez. I, 30 maggio 2008, n. 14554 (“*In materia di assemblee societarie, è annullabile la delibera con la quale si sia deciso di dar corso alle operazioni di voto, in pendenza della discussione, a nulla rilevando che l'intervento dei soci che non si erano ancora espressi prima dell'inizio della votazione fosse o no idoneo ad influire concretamente sulla decisione degli altri soci di votare in uno od in altro modo*”). In senso analogo v. Cass. civ., sez. I, 11 luglio 2008, n. 19235.

⁽⁵¹⁾ V., p.e., Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 953 (“*La legittimazione del socio a far valere l'annullabilità della delibera assembleare è unicamente condizionata al fatto che egli sia stato dissenziente (o assente) rispetto alla medesima, senza che occorra alcuna ulteriore valutazione del suo interesse ad agire*”); Trib. Cagliari, 24 luglio 2006, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 61, che dichiara sufficiente l'interesse del socio “*a ricondurre a legalità l'operato dell'ente di cui fa parte*”.

⁽⁵²⁾ In materia di remunerazioni degli amministratori la giurisprudenza richiede, da un lato, una delibera espressa e formale soluzione coerente con una logica istituzionalistica, non accontentandosi di comportamenti concludenti o del riconoscimento del compenso in bilancio [: v., da ultimo, Cass. civ., sez. V, 19 luglio 2013, n. 17673] (come sarebbe invece coerente con una logica contrattualistica); poi considera nullo per illiceità della causa l'accordo (parasociale) con cui l'azionista di maggioranza promette all'amministratore una remunerazione *extra*, oltre quella fissata dall'assemblea (Trib. Roma, 25 settembre 2006, in *Pluris - Utet/Cedam*; qui la logica istituzionalistica è evidente); infine, riconosce la sindacabilità, per pretesa violazione del principio di buona fede, della delibera che attribuisca agli amministratori compensi eccessivi (Cass. civ., 17 luglio 2007, n. 15942 (“*A fronte dell'attribuzione all'amministratore di compensi sproporzionati o in misura eccedente i limiti della discrezionalità imprenditoriale, è possibile impugnare la delibera dell'assemblea della società di capitali per abuso o eccesso di potere, sotto il profilo della violazione del dovere di buona fede in senso oggettivo o di correttezza, giacché una tale deliberazione si dimostra intesa al perseguimento della prevalenza di interessi personali estranei al rapporto sociale, con ciò danneggiando gli altri partecipi al rapporto stesso*”).

⁽⁵³⁾ Ciò qualche volta (cfr. Cass. civ., sez. III, 4 ottobre 2010, n. 20597, in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, 303, con nota critica di P. FERRO LUZZI) avviene anche dopo la riforma del

A fronte di ciò, il raffronto sistematico con le regole sul sindacato di legittimità degli atti amministrativi appare coerente con le scelte del legislatore del 2003, che ha voluto allargare l'ambito dei poteri discrezionali degli organi societari (fino ad ammettere che gli stessi possano portare fino ad una sostanziale "espropriazione" a carico di certi azionisti, come avviene con le clausole di riscatto previste dall'art. 2437-*sexies*, c.c.), ma ha al contempo rafforzato la scelta tradizionale di incentrare la disciplina dei rimedi sull'annullabilità, esperibile in tempi molto brevi.

Fra le idee portanti della riforma del diritto societario del 2003 vi è stata anche, invero, quella della normale sostituibilità del rimedio invalidativo con quello risarcitorio. Si tratta però di un'idea astratta, non suffragata — fra l'altro — dall'esperienza applicativa. La piena sostituibilità non può esistere perché molti casi, rientranti nell'ambito della tutela di annullamento, non presentano una evidente e immediata idoneità a tradursi in danni patrimoniali risarcibili. Inoltre, la tutela risarcitoria, che può essere strumento efficiente di correzione di disfunzioni in singoli atti di scambio, non è la più appropriata nella disciplina delle attività organizzate, perché si traduce in un depauperamento del patrimonio destinato all'attività e, al contempo, lascia in vita atti che, in molti casi, sarebbero suscettibili di rapida ed efficiente autocorrezione, a fronte della minaccia della tutela di annullamento.

In questo senso, si può suggerire l'idea della superiorità, in generale, dei rimedi specifici, rispetto a quelli risarcitori, nella disciplina dell'attività d'impresa: come l'inibitoria è considerata il rimedio di elezione contro gli illeciti concorrenziali (e in materia di proprietà industriale), così l'annullamento tempestivo può essere considerato il rimedio di elezione contro le disfunzioni interne nell'organizzazione dell'impresa. In questa prospettiva va considerata con attenzione anche qualche pronuncia giurisprudenziale che ha affermato la "pregiudiziale di annullamento" anche nell'applicazione della disciplina sui vizi delle deliberazioni assembleari⁽⁵⁴⁾. Ancora, per lo stesso ordine di ragioni andrebbe guardata con diffidenza una ipotetica linea interpretativa che, portando a sviluppi fino ad oggi impensati la dottrina del *nexus of contracts*, moltiplicasse (magari con l'ausilio della figura del "contatto sociale") possibili azioni risarcitorie di *stakeholder* nei confronti della società e dei suoi amministratori.

In considerazione di tutto ciò, la proposta sistematica sopra esposta (applicazione analogica di alcune norme sul sindacato di legittimità degli atti amministrativi) può offrire spunto per diversi sviluppi interpretativi, a

2003, che ha certamente espresso una volontà legislativa netta contro quest'ultimo orientamento giurisprudenziale.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Trib. Catania, 10 agosto 2007, in *Corr. giur.*, 2008, 397, con nota parzialmente critica di M. CIAN.

mio avviso positivamente valutabili. Di questi si può fare qualche esempio, osservando che la proposta sopra menzionata:

a) può favorire un'interpretazione estensiva dell'art. 2388 c.c. sull'invalidità delle deliberazioni dell'organo amministrativo, e in ordine alla locuzione "diritti dei soci" e in ordine alla comprensione, nell'espressione "non conformità alla legge" come comprensiva di tutte le disfunzioni dal corretto esercizio del potere funzionale degli amministratori (i.e. eccesso di potere); in tale prospettiva può essere valorizzato il "dovere di agire in modo informato" dell'art. 2381, comma 6, c.c. (svilupicabile in "dovere di adeguata istruttoria", secondo le regole del procedimento amministrativo)⁽⁵⁵⁾; e possono essere anche sviluppati, come espressione di principi fondamentali della materia, i riferimenti all'adeguatezza organizzativa dello stesso art. 2381, comma 3, e ai "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" dell'art. 2497 c.c.;

b) può indurre a considerare le norme sull'obbligo di motivazione delle deliberazioni (art. 2391, comma 2, c.c.; art. 2441, comma 5, c.c.; art. 2445, comma 2, c.c.; art. 2497-ter, c.c.) non come norme eccezionali, bensì come espressione di un principio più generale, che impone un'adeguata motivazione (con relativo, potenziale sindacato di legittimità) in tutti i casi in cui sussistano conflitti d'interessi interni o siano sottoposte all'organo deliberante proposte contrastanti⁽⁵⁶⁾;

c) può portare ad un rafforzamento dei diritti di accesso alle informazioni societarie (non costituenti segreti industriali o commerciali) da parte dei titolari di legittimi interessi, che potrebbero tradursi in impugnative di atti interni o in azioni di responsabilità;

d) può giustificare il rafforzamento, in via interpretativa, della

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 690-1. Si può qui rilevare che l'applicazione agli amministratori delle regole sul legittimo esercizio del potere funzionale non si pone in contrasto con la *ratio* della *business judgement rule* del diritto americano, che tende essenzialmente ad evitare che gli amministratori incorrano in responsabilità per aver compiuto scelte innovative e rischiose, poi non premiate dal mercato. In questo senso può ammettersi tanto una presunzione (relativa) di razionalità delle scelte compiute dagli amministratori (regola che fa pensare alla vecchia "presunzione di legittimità" dell'atto amministrativo) quanto una valutazione di legittimità delle scelte innovative particolarmente rischiose (purché sostenute da adeguata istruttoria), in quanto è nella funzione propria ed accettata dell'impresa capitalistica quella di assumere rischi particolarmente elevati in vista della possibilità di elevati profitti.

In uno scritto più recente (P. MONTALENTI, *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 253-4), il significato della *business judgement rule* (assunta come vigente anche nell'ordinamento italiano) viene così sintetizzato: "le operazioni gestorie degli amministratori non sono sindacabili... se non in caso di manifesta irrazionalità oppure di palese assenza di procedimenti di valutazione dei profili economici, finanziari, tecnici dell'operazione". È questa, sostanzialmente, una sintesi della disciplina dell'eccesso di potere (l'"irrazionalità" può essere misurata solo rispetto ad un fine predeterminato; il "difetto di valutazione" corrisponde ai vizi procedurali, e in particolare al "difetto di istruttoria").

⁽⁵⁶⁾ S'intende che questa soluzione sarebbe ancora ben lontana da quella dell'obbligo generale di motivazione, previsto per gli atti amministrativi pubblici.

previsione dell'adozione di "piani strategici" da parte della società, e nel senso della normale doverosità dell'adozione di detti piani, e nel senso della loro vincolatività, come atti di indirizzo, sulla successiva azione degli organi sociali.

8. *Critiche alla tesi di Denozza circa l'impossibilità di concepire giuridicamente un interesse alla conservazione e allo sviluppo dell'impresa.* — Gli esempi sopra fatti dimostrano che l'adozione, nell'interpretazione delle norme della s.p.a., di alcune regole sul sindacato di legittimità dei poteri funzionali, non solo non costituirebbe mera ripetizione dell'adozione delle norme sulla buona fede e sull'abuso del diritto, ma può avere sviluppi interpretativi concreti e interessanti.

Se le cose stanno così, l'ipotesi dell'applicazione analogica (in quanto compatibili con le caratteristiche dell'attività d'impresa) di regole di diritto amministrativo, sopra ipotizzata, può essere contrastata soprattutto con l'argomento che essa appesantirebbe gli oneri procedurali ed allargherebbe troppo i casi di possibile contestazione dell'azione degli organi interni (i.e. dei gruppi di comando) della società. Ma questo argomento, come già accennato, non merita consenso: la riforma del 2003 — come già detto — ha rafforzato il potere discrezionale degli organi della società, eliminando ogni previsione di diritti individuali intangibili degli azionisti; ma proprio questa scelta normativa giustifica l'ampliamento del sindacato giudiziario di legittimità sugli atti di esercizio del potere discrezionale.

Peraltro, non è questo l'argomento su cui Francesco Denozza fonda la sua opzione pancontrattualistica. La tesi di Denozza è più radicale: le norme sul sindacato del potere funzionale non potrebbero applicarsi agli atti degli organi societari perché nella società non sarebbe neanche concepibile una funzionalizzazione dei poteri interni al perseguimento di un interesse diverso e sovraordinato rispetto agli interessi individuali dei diversi soggetti coinvolti. Per affermare il contrario si dovrebbe dimostrare, secondo Denozza, che l'impresa capitalistica, di cui la s.p.a. costituisce forma giuridica tipica, non è solo una "istituzione" (cioè, secondo Denozza, un insieme di regole poste dagli individui impegnati a realizzarne prima la fondazione e poi la gestione) ma un vero e proprio "organismo", cioè un'entità reale, compatta e indivisibile (il paragone più volte fatto è con il corpo umano e i suoi organi).

In altri termini: non esiste un interesse della società/impresa, distinto rispetto agli interessi degli individui di volta in volta impegnati nei singoli momenti dell'attività sociale (dalla fondazione alla gestione), per cui la costruzione giuridica contrattualistica sarebbe l'unica aderente a questa realtà socioeconomica.

Questo ragionamento di Denozza mi sembra criticabile, anzitutto, nella sua base sociologica. Non può condividersi la contrapposizione rigida

fra “istituzioni” (concepiti come insieme di regole coordinate, nascenti da un *nexus of contracts* fra individui) e organismi (intesi come entità sociali unitarie e indivisibili). Nella realtà sociale non esistono “organismi” di questo tipo (cioè simili ad un alveare o ad un termitaio). Esistono “formazioni sociali” (per usare la terminologia dell’art. 2 Cost., corrente nel linguaggio sociologico nel tempo in cui la Costituzione fu scritta), caratterizzate da una struttura stabile, riconoscibile anche dall’esterno nella sua identità malgrado l’avvicinarsi di diversi individui all’interno della formazione. Quando una formazione sociale si caratterizza per la presenza di norme giuridiche vincolanti al suo interno e per un’organizzazione stabile (divisione di ruoli al proprio interno) si può parlare di “istituzione”. Sociologicamente, ridurre l’istituzione ad un *nexus of contracts* è riduttivo: chiese, eserciti, associazioni, *team* sportivi etc., hanno una propria identità, riconoscibile al di là dell’avvicinarsi di diversi individui nei diversi ruoli. In tutti questi casi può parlarsi come un dato reale (un “oggetto sociale”, nella terminologia di Maurizio Ferraris) dell’istituzione, come anche del suo successo, della sua crescita, o del suo fallimento.

Questa realtà socioeconomica può legittimamente tradursi nel riconoscimento di un “interesse” dell’istituzione (interesse alla continuità e alla crescita), distinto dagli interessi dei singoli individui che la compongono. Ciò non significa che l’esistenza di un’istituzione azzeri gli individui e i loro interessi. Tutt’altro: proprio la metodologia classica di Max Weber insegna che le formazioni sociali esistono e si evolvono solo attraverso un insieme di azioni individuali, ciascuna delle quali è motivata da interessi propri dell’individuo agente⁽⁵⁷⁾. Del resto, è un dato di senso comune che un’istituzione prospera solo se, e in quanto, gli individui che operano all’interno di essa siano adeguatamente motivati e pongano le ragioni del proprio successo individuale in parallelo al successo dell’istituzione in cui sono inseriti.

Questo schema di comprensione dei fenomeni collettivi può valere anche per le imprese; e ciò tanto più se le imprese sono grandi o sono comunque dotate di un significativo *know-how*. È questa l’idea elementare

⁽⁵⁷⁾ In questo senso anche il metodo delle scienze sociali proposto da Max Weber può essere definito con il termine “individualismo metodologico” (cfr. G. Poggi, *Incontro con Max Weber*, Il Mulino, Bologna, 2004), ma in un’accezione diversa da quella che si è affermata nel metodo dell’analisi economica neoclassica, ove tutto ciò che è diverso dall’interesse individuale viene espunto dai modelli con cui l’analisi si costruisce (si che si realizza una sorta di slittamento da un individualismo “metodologico” ad uno “ontologico”).

Il ragionamento di Denozza, criticato nel testo, nel concepire gli organismi sociali come “macroindividui” finisce per negarne l’esistenza, e quindi sembra nascondere proprio un sottostante individualismo ontologico. In ciò si palesa — credo — l’influenza che le teorie dell’analisi economica del diritto hanno avuto sul pensiero di Denozza (che pure ha rivolto alle stesse importanti critiche “dall’interno”) e la scarsa propensione dell’a. ad adottare un metodo storico-sociologico (come quello che si cerca di applicare nel ragionamento svolto nel testo).

su cui si sono sempre costruite le c.d. teorie istituzionali dell'impresa (da sempre dominanti, fra l'altro, nell'economia aziendale). E si tratta di un'idea che può essere difficilmente smentita, sul piano sociologico (e che lo stesso Denozza, su questo piano, finisce poi per ritenere attendibile).

Naturalmente questo dato sociologico non crea un vincolo per l'interpretazione giuridica. Sono razionali tanto le costruzioni che valorizzano al massimo questo dato, arrivando a teorizzare una concezione dell'impresa come istituzione di interesse generale, non finalizzata solo alla remunerazione degli investimenti in capitale, quanto quelle che svalorizzano il dato sociologico e propongono di dare rilevanza giuridica ai soli interessi degli investitori.

La mia opinione è però che il dibattito fra contrattualismo e istituzionalismo societario non si identifichi — a differenza di quanto è finora avvenuto — con quello sugli interessi tutelati dalla disciplina societaria. A prescindere dalla rilevanza giuridica che si voglia attribuire o negare agli interessi degli *stakeholder*, l'impresa può essere ugualmente concepita e governata come un'istituzione, così come può essere concepita e governata come un contratto di collaborazione fra i soci fondatori (e i loro aventi causa), o, ancora, come un *nexus of contracts*.

Anche se si accetta l'idea che l'interesse sociale si identifichi con quello della remunerazione del capitale investito (o almeno che il perseguimento di qualsiasi altro interesse debba essere sempre bilanciato con il rispetto di questo interesse primario), nessun ostacolo razionale si oppone a che i poteri degli organi sociali siano giuridicamente disciplinati come poteri funzionali, nel senso sopra delineato. Per converso, se si muove dall'idea che la società sia *nexus of contracts*, è logicamente possibile allargare l'area degli interessi rilevanti, fino ad includere fra questi gli interessi di diverse categorie di *stakeholder*.

Se una proposta istituzionalistica può essere preferita, sul piano sistematico, è solo perché essa consente, a mio avviso, di giungere ad una migliore ricostruzione complessiva delle norme sul sindacato degli atti di esercizio dei poteri interni (oltre che di altri aspetti della disciplina della s.p.a., non toccati in questa sede: dalla disciplina della costituzione e dei conferimenti a quella della validità ed efficacia dei patti parasociali).

È questo il senso dello "istituzionalismo debole", che ho già proposto in altre sedi ⁽⁵⁸⁾. La disciplina della s.p.a. può essere benissimo costruita

⁽⁵⁸⁾ Questa proposta costruttiva ha un precedente nelle tesi avanzate da A. Maisano negli anni '70. Ritengo altresì che, al di là delle enunciazioni teoriche, questa proposta costituisca il principale retaggio lasciato dall'insegnamento di Paolo Ferro Luzzi (di cui l'opera di Angelici costituisce ampio e coerente sviluppo).

Rispetto alla proposta costruttiva di "istituzionalismo debole" mi sembra sfocata l'obiezione rivolta da Denozza (p. 499, nt. 60), secondo cui la tesi proporrebbe un'impossibile via di mezzo fra "istituzione" e "organismo" (nei termini in cui questa distinzione è accolta da D.). La tesi istituzionalistica "debole" non attiene al profilo sociologico (ove la contrapposi-

come disciplina di un insieme di poteri funzionali, destinati alla realizzazione di un obiettivo predeterminato (e non disponibile da parte dei soggetti agenti), che è quello dell'efficienza e della redditività dell'impresa.

Rispetto a questa proposta le ragioni di contrasto esposte da Denozza non mi sembrano adeguate. Prima egli dice che nella s.p.a. non possono aversi poteri funzionali perché la società non è un organismo. Poi egli dice (e in ciò mi sembra che vi sia contraddizione) che l'organicismo può essere forse predicato per l'impresa, ma non può essere predicato per la società. Ma allora la ragione che sostiene il contrattualismo non è il fatto che sia inconcepibile, nella realtà, un interesse dell'impresa in sé, bensì una pretesa scelta del legislatore, che avrebbe deciso di prescindere da questo interesse e di disciplinare la società come insieme di conflitti fra interessi diversi.

Ma neanche quest'ultima ragione mi sembra sufficiente. Anzitutto, non si vedono indicazioni legislative stringenti, nel senso preferito da Denozza (anzi se ne vedono in senso contrario: come si spiega, in una prospettiva contrattualistica, un'impugnativa di una deliberazione assembleare unanime da parte del collegio sindacale?). Inoltre, si deve considerare che anche il diritto pubblico, che è il regno della disciplina dei poteri funzionali, può essere costruito come un insieme di norme regolanti conflitti fra interessi diversi. È da tempo superata (soprattutto per l'insegnamento di M.S. Giannini) l'idea dell'interesse pubblico come entità monolitica, oggettivamente determinabile (eredità del medievale *bonum commune*): l'interesse pubblico è un insieme (mobile) di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela giuridica ed affida alla cura di determinate autorità legalmente individuate. Le determinazioni di queste autorità sono legittime se realizzano una ragionevole ponderazione degli interessi giuridicamente rilevanti nella materia su cui intervengono. Analogamente, è da tempo superata (soprattutto per l'insegnamento di M. Nigro) l'idea dell'interesse legittimo del privato come interesse occasionalmente protetto, che legittima il privato a contribuire alla migliore gestione del pubblico interesse; l'interesse legittimo è un interesse giuridicamente rilevante avente ad oggetto un certo "bene della vita"; un interesse che l'autorità competente ha il dovere di valutare comparativamente con gli altri interessi in gioco, e la cui sua lesione giustifica rimedi invalidativi e risarcitori.

Anche sotto questo profilo non ci sono differenze radicali di tipo qualitativo fra l'intreccio di interessi presente nell'azione pubblica e quello presente nella gestione di un'impresa privata capitalistica. Tant'è vero che, come abbiamo visto prima, diversi giuspubblicisti propongono oggi — se

zione accolta da D. non ammette, in effetti, vie di mezzo; ma la realtà, come si è cercato di dire nel testo, è molto diversa); è invece una "teoria dogmatica", cioè una proposta di interpretazione sistematica delle norme sulla s.p.a., volta a fare capo agli strumenti più evoluti di sindacato di legittimità sull'esercizio del potere funzionale, presenti nel nostro ordinamento.

pure in una linea che non ci è apparsa convincente — di applicare al diritto amministrativo gli schemi relazionali di controllo dei poteri privati, affermati nella giurisprudenza civile.

Non ci sono dunque ragioni di principio ostative ad una proposta sistematica che costruisca la disciplina della s.p.a. nella chiave del potere funzionale e degli interessi legittimi ⁽⁵⁹⁾.

In ultima analisi, la vera ragione per osteggiare l'estensione analogica (di massima) alla disciplina della s.p.a. del sistema normativo di sindacato sugli atti amministrativi rimane solo il timore che, con essa, potrebbe estendersi una tendenza al controllo giudiziario di merito sugli atti interni della società. Argomento che è certamente serio, ma che prova troppo. In primo luogo perché l'eccessivo attivismo giudiziario è un problema che si può ripresentare anche se si continua a preferire le clausole generali civilistiche all'eccesso di potere; ed è un problema di organizzazione giuridica complessiva (in cui, malgrado tutto, continua ad avere un peso non indifferente il formante dottrinale). In secondo luogo perché il sistema tradizionale del sindacato sugli atti societari presenta (come si è cercato di segnalare *supra*), vistose incoerenze, ed avrebbe tutto da guadagnare dall'adesione ad un prospettiva istituzionalistica. Infine, perché mi sembra che solo in questa prospettiva possano avere un senso alcune norme, sistematicamente importanti anche se non tutte ugualmente tradotte nella prassi applicativa, come quelle che prevedono l'impugnativa di deliberazioni da parte di amministratori o sindaci o continuano ad ammettere il controllo giudiziario *ex art.* 2409 c.c.

9. *Un'osservazione conclusiva.* — Un'ultima osservazione vorrei fare sulla chiusa dell'articolo di Denozza.

Dopo aver difeso con convinzione la costruzione contrattualistica del diritto societario, Denozza nega “*che il modello contrattualistico sia oggi in grado di ispirare un giusto ordine al nostro istituto*”; aggiungendo poi che “*Esso fallisce non per la competizione con modelli alternativi migliori, ma per i suoi limiti interni e per il fatto di voler dare un ordine univoco ad una realtà che è in sé contraddittoria*”.

⁽⁵⁹⁾ L'impiego della categoria dell'interesse legittimo nella ricostruzione sistematica della disciplina delle società è stata sostenuta da una linea di pensiero minoritaria, ma non priva di consistenza (v., oltre alle note opere di Lina Bigliazzi Geri degli anni Settanta del secolo scorso, M. DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (Riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 303 ss.; L.V. MOSCARINI, *Attualità e delimitazione della categoria degli interessi legittimi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1133 ss.; e, da ultimo, C. MAZZÙ, *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in *Comparazione e diritto civile* [rivista telematica], 2013). Queste proposte si sono fermate, però, ad un livello di sistematica concettuale (se pur non disgiunta dall'idea che questa costruzione possa consentire una più efficace tutela degli interessi di cui si discute).

Mi sembra che in questo modo di pensare riecheggino vecchi temi, cari alla tradizione marxista, per cui il capitalismo sarebbe una realtà irrimediabile (oltre che viziata da irriducibili contraddizioni interne). Ma si tratta di una tesi che ha avuto troppe smentite dalla storia, per potere essere oggi riproposta. Ci sono tanti capitalismi e le loro regole interne cambiano continuamente, in meglio o in peggio. La dottrina giuscomercialistica contemporanea è nata ed è diventata grande, nel secolo scorso, confidando nel progresso, incentrato sulla possibilità di buon funzionamento delle imprese (capitalistiche) e dei mercati e confidando di poter costruire, in relazione ai fenomeni economici, norme sempre più giuste ed efficienti; e confidando, al contempo, in uno stato moderno riformatore.

Se l'impresa capitalista fosse una realtà inevitabilmente contraddittoria ed irrimediabile, la stessa disciplina del diritto commerciale — per come si è storicamente costruita — perderebbe significato.

MARIO LIBERTINI