

SOCIETÀ DI CAPITALI E DIRITTI DELL'UOMO

1. Un'indagine volta ad accertare se esistano, nella disciplina complessiva delle società di capitali, quale risulta dall'integrazione tra diritto nazionale e diritto di fonte comunitaria, aspetti od ambiti che in qualche modo rilevino dal punto di vista dell'effettiva tutela dei diritti dell'uomo, potrebbe apparire, a tutta prima, alquanto inconsueta.

Tuttavia, nel momento presente, attraversato da una profonda crisi economica e finanziaria dagli esiti per ora non facilmente presagibili, molti costi della quale finiranno probabilmente per essere direttamente o indirettamente addossati ai singoli, affiora l'esigenza per il giurista, se non di ricercare una sintesi, quantomeno di compiere una verifica degli aspetti di rilevanza comune tra due ambiti sino ad oggi scarsamente compenetrati: quello dei diritti fondamentali, da una parte, e quello del diritto societario – sia esso d'origine comunitaria ovvero nazionale – dall'altra.

Certo, non si può dire che manchino o siano mancate del tutto voci, anche autorevoli, che abbiano – talora anche criticamente – posto un problema ed un'esigenza d'armonizzazione tra il diritto privato interno (nello specifico, il diritto delle società commerciali) ed i sistemi internazionali pattizi di salvaguardia dei diritti individuali fondamentali ¹: *in primis*, il sistema istituito dalla celebre

¹ Si vedano, da ult., R. GERARDS, *Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung*, Frankfurt/M., 2007, p. 90 s.; J. DINE, *Using Companies to Oppress the Poor*, in AA.VV., *Human Rights and Capitalism, a Multidisciplinary Perspective on Globalisation*, a cura di J. Dine, Cheltenham-Northampton, 2006, p. 50 ss.; C. W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*, Berlin, New York, 1999; ed anche i nostri V. BUONOCORE, *Principio di uguaglianza e diritto commerciale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 551 ss.; e, meno di recente, N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Roma, 1997, p. 343; ID., in *Diritto civile*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, vol. I, t. I, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, p. 60 ss. Degno del massimo rilievo è inoltre, sul piano normativo, l'art. 35, co. 3, della nuova Costituzione federale della Confederazione Svizzera (entrata in vigore il 1° gennaio 2000), il quale, sotto la rubrica «attuazione dei diritti fondamentali», testualmente recita: «Le autorità provvedono affinché i diritti fondamentali, per quanto vi si prestino, siano realizzati anche nelle relazioni tra privati».

Convenzione europea dei diritti dell'Uomo del 1950² (CEDU).

Va però soggiunto che indagini di questo tipo sembrano essersi fino ad ora incentrate per lo più sull'incidenza dei diritti umani nella sfera dei rapporti esosocietari: nella sfera, cioè, dei rapporti dell'impresa societaria come tale (e della sua dirigenza) verso i c.d. *stakeholders* e, più generalmente, verso quei terzi, estranei alla compagine azionaria, che dall'attività della società vengono comunque interessati o condizionati.

Quasi del tutto inesplorato invece — se si eccettua qualche acuto, ma sporadico spunto³ — il campo d'applicazione della CEDU ai rapporti endosocietari. Eppure, non va dato per scontato che la mera qualità di *shareholder*, vale a dire, il fatto puro e semplice di partecipare alla compagine associativa della società di capitali — foss'anche partecipazione sin dall'atto costitutivo — valga di per sé solo, e quasi per definizione, a porre l'individuo al riparo da violazioni di uno od altro suo diritto fondamentale, che potrebbero consumarsi nel corso dell'imprevedibile e necessariamente diacronico svolgimento della complessa organizzazione societaria e delle dinamiche corporative che questa genera.

2. A rendere attuale l'interesse a una ricognizione dei rapporti tra *Menschenrechte* e diritto societario, oltre alle potenziali ripercussioni che potrebbero derivarne sul sistema delle tutele dei singoli in tempi di crisi economica, concorrono due ulteriori ragioni: l'una, che potremmo dire tutta italiana, legata a quella recente giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, che ha assegnato alla CEDU un ruolo di primo piano all'interno del sistema nazionale delle fonti⁴; l'altra, per così dire di rilevanza comunitaria, correlata all'entrata in vigore del

² La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (CEDU), ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848, con i successivi protocolli integrativi.

³ Uno, recente, si può ad esempio rinvenire nelle pagine di S. SCOTTI CAMUZZI, *Rileggendo «Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa» di Luigi Mengoni*, in *Jus*, 2008, p. 134 s., laddove l'a. s'interroga tra l'altro sulla necessità di ripensare *funditus* le norme sull'OPA.

⁴ Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, entrambe pubblicate in *Foro it.*, 2008, I, c. 39 ss., con nt. di L. CAPPUCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, e di F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*. Ad esse ha fatto seguito, ancor più di recente, nello stesso senso e con identiche motivazioni, Corte cost. 27 febbraio 2008, n. 39, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1037.

Trattato di Lisbona ⁵, ora che il suo travagliato *iter* di ratificazione sembra positivamente concluso.

Com'è noto, la Corte costituzionale italiana è giunta alla conclusione che il nuovo art. 117 Cost., imponendo al legislatore ordinario il rispetto degli obblighi internazionali pattizi, determina un vero e proprio rinvio mobile al contenuto di questi ultimi. E che dunque le norme dettate dalle convenzioni internazionali ratificate (nello specifico, dalla CEDU) debbono qualificarsi propriamente come «norme interposte», le quali rilevano, appunto, nel giudizio di legittimità, ai fini del rispetto del parametro costituzionale del medesimo art. 117.

Oggi perciò il giurista italiano, consapevole tra l'altro della non perfetta coincidenza, di struttura e di ambiti, tra le disposizioni sui diritti fondamentali contenute nella Costituzione repubblicana del '48 e quelle contenute nella CEDU, deve oramai misurarsi con nuovi scenari; e gli s'impone un'attenta ricognizione del diritto societario, riformato e no, proprio alla luce della Convenzione stessa e dell'applicazione giurisprudenziale che ne è stata fatta fino ad oggi, e che potrebbe esserne fatta in futuro, dalla Corte di Strasburgo ⁶.

Quanto ai profili di rilevanza comunitaria, l'ormai imminente adesione dell'Unione Europea alla CEDU costituirà in certo qual modo il punto d'approdo di un lungo percorso, iniziatosi sin dagli anni '60 dello scorso secolo, e da posizioni alquanto diverse, sui due distinti versanti, del diritto europeo dei diritti fondamentali e del diritto comunitario *stricto sensu*. Essa segnerà verosimilmente l'irrompere, anche nel sistema delle fonti del diritto comunitario, non tanto dei principi espressi dalla CEDU – i quali, di fatto, già da tempo vengono, nella sostanza, annoverati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia tra quelli

⁵ Il nuovo testo consolidato del Trattato (art. 6.2) contempla infatti la tanto attesa clausola di adesione dell'Unione Europea alla CEDU. *Ex plurimis*, P. PASSAGLIA, *Il Trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti*, in *Foro It.*, 2008, V, c. 40 ss., spec. 43.

⁶ Va in proposito rammentato che, ancor prima delle sentenze costituzionali nn. 348 e 349/2007, già con riguardo alla c.d. "legge Pinto" la Corte di cassazione aveva fatto leva sul principio di sussidiarietà enunciato all'art. 35 CEDU per affermare il dovere primario del giudice italiano d'interpretare ed applicare – per quanto possibile – il diritto nazionale in conformità alla convenzione, in particolare tenendo conto dell'interpretazione e dei criteri applicativi a sua volta offerti dalla giurisprudenza della Corte europea: così Cass. S.U. 26 gennaio 2004, n. 1340, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 907, con nt. Morozzo della Rocca.

costituzionali comuni alla tradizione di tutti gli Stati membri⁷ – quanto soprattutto di un nuovo e diverso parametro di legittimità, cui per l'immanzi lo stesso legislatore comunitario dovrebbe direttamente confrontarsi; e, non ultima, di una diversa categoria di controlli, anche giurisdizionali, cui non è dato ancora prefigurare come la Corte di Giustizia si correlerà⁸.

Al di là di questi aspetti, di cui non è possibile offrire qui un più ampio dettaglio, il dato oggettivo d'immediato rilievo è che nel tempo presente poco margine ormai residua, anche rispetto al diritto comunitario delle società di capitali, per sottrarsi a una verifica sull'applicazione dei principi della Convenzione e ad un'interpretazione che sia il più possibile adeguatrice ai medesimi.

3. Nel complesso delle situazioni giuridiche dalla Convenzione definite e riconosciute come «diritti dell'uomo», i rapporti interni alle società commerciali e le realtà economiche e patrimoniali a questi sottese sono riconducibili sostanzialmente a due principali filoni normativi.

Anzitutto, all'art. 11 CEDU: ossia, alla norma che riconosce e garantisce la libertà di riunione e di associazione. Questa norma costituisce tra l'altro, com'è stato osservato⁹, la sola disposizione contenuta nel testo originario della

⁷ L'opinione, peraltro ripresa costantemente e ribadita da pronunce anche molto recenti del giudice comunitario, risale nel suo nucleo fondamentale ad ancor prima della ben nota "Dichiarazione comune" sul punto, adottata il 5 aprile 1977 da Parlamento, Consiglio e Commissione: v., *ex plurimis*, Corte di Giustizia CE 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, in *Foro it.*, 1970, IV, c. 204; 11 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH*, in *Raccolta*, 1970, p. 1125; 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston c. Royal Ulster Constabulary*, *ibid.*, 1986, p. 1651; 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, *Connolly c. Commissione*, *ibid.*, p. I-1611; 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1463, con nt. Caranta e in *Eur. Legal Forum*, 2002, p. 265 con nt. Kronenberger e Dejmek; Trib. di I Grado 9 luglio 2003, causa T-224/00, *Archer Daniels Midlands c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, p. II-2597; Corte di Giustizia CE 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone et a.*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, p. 907 con nt. Baldassarre. Invece, dal punto di vista della CEDU, la celebre sent. Corte eur. dir. dell'uomo 18 febbraio 1999, *Mathews c. Regno Unito*, in *Riv. it. dir. pubbl. committ.*, 1999, p. 1089 con nt. Marzanati, e in *Riv. dir. internaz.*, 1999, p. 1060, aveva affermato la corresponsabilità individuale di ciascuno Stato membro per l'attività collettiva degli organi comunitari sovranazionali.

⁸ Come sottolinea M. PELLONPÄÄ, *The European Court of Human Rights and the European Union*, in AA. VV., *Libert amicorum Luzius Wildhaber*, a cura di L. Caflisch ed a., Kehl, Strasbourg, Arlington, 2007, p. 349, «the question is not whether the HRC becomes redundant, but whether the ECJ [...] should be subject to the external control exercised by the Strasbourg Court».

⁹ J. M. BERGMANN, *Das Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, 1995, p. 143 s.; C. TOMUSCHAT, *Freedom of Association*, in *The European System for the Protection of Human Rights*, a cura di R. S. J. Macdonald, F. Matscher e H. Petzold, Dordrecht,

Convenzione propriamente detta – senza considerare, quindi, i protocolli addizionali – in cui si faccia esplicita menzione di un *wirtschaftliches Grundrecht* come tale: nella specie, si tratta del diritto di costituire sindacati e di aderirvi «per la difesa di propri interessi» che sono qui, appunto e per definizione, interessi di carattere principalmente, se non esclusivamente economico¹⁰.

Ma è pacifico che la sfera di rilevanza dell'art. 11 non si limita al profilo delle libertà sindacali, coprendo potenzialmente ogni aspetto organizzativo o funzionale di tutti i tipi di formazioni associative, anche quando lucrativamente connotate.

Vediamo dunque di enucleare in estrema sintesi quali siano, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, i principi fondamentali in materia di libertà d'associazione che discendono dall'art. 11 CEDU¹¹.

(i) La libertà d'associazione convenzionalmente garantita possiede anzitutto un risvolto *positivo*: il diritto a costituire formazioni associative private e ad aderirvi. Questo diritto, a sua volta, si suddivide in un momento *individuale*, che garantisce a ciascun singolo associato di conservare la propria permanenza nel gruppo, fintantoché non intervenga una causa di scioglimento predeterminata, in

Boston, London, 1993, p. 494, il quale sottolinea altresì che l'esplicita menzione dei sindacati nel contesto dell'art. 11 non conferisce però a questi ultimi alcuna speciale posizione di preminenza, rispetto a tutte le altre entità associative genericamente contemplate (e parimenti protette) dalla norma.

¹⁰ L'altra ed assai nota disposizione (di cui si dirà *infra*) che, nel sistema della CEDU, attribuisce esplicito riconoscimento a un diritto di contenuto economico (la proprietà), si trova inserita infatti non già nel contesto della Convenzione di Roma 4 novembre 1950, bensì all'art. 1 del I Protocollo addizionale a questa, adottato a Parigi il 20 marzo 1952 (la circostanza tende ad essere trascurata, presso di noi, in ragione del fatto che l'Italia ha ratificato entrambi gli atti internazionali con la medesima legge 4 agosto 1955, n. 848). Ciò si deve, come ricorda R. GERARDS (nt. 1), p. 90, a una deliberata scelta prudenziale dei plenipotenziari, dai quali si temeva, nel delicato momento storico dei primi anni '50 connotato da forti diversificazioni ideologiche in seno agli stessi paesi allora membri del Consiglio d'Europa, che un'esplicita menzione del *droit terrible* alla proprietà privata, tra i diritti umani riconosciuti, avrebbe potuto ritardare o mettere in pericolo l'entrata in vigore della Convenzione nel suo nucleo fondamentale concernente le libertà personali.

¹¹ Il testo dell'art. 11 è del seguente tenore: «Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi».

«L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato».

via generale ed astratta, dalla legge o dall'autonomia statutaria¹², ed un momento *collettivo*, alla cui stregua alle pubbliche amministrazioni e allo stesso legislatore ordinario non è in alcun modo consentito d'intervenire per alterare, modificare o porre fine, in tutto o in parte, a rapporti associativi già in essere, se non per le eccezionali ragioni – tutte, peraltro, attinenti solo all'ordine pubblico e alla sicurezza democratica – tassativamente enunciate.

(ii) La libertà d'associazione possiede inoltre un risvolto *negativo*, che implica il diritto a non far parte di alcuna società, e di cui rappresenta un momento imprescindibile anche il c.d. *droit de se désassocier*, al quale è necessario venga assicurata adeguata tutela, pari a quella data al diritto positivo d'associazione¹³.

(iii) La convenzione è poi del tutto indifferente in ordine agli scopi delle forme associative, la cui libera esistenza viene garantita (eccezion fatta per la già ricordata menzione della libertà sindacale): qualsiasi attività umana lecita ben può, quindi, assurgere a scopo associativo.

(iv) Il campo d'applicazione dell'art. 11 abbraccia infine tutti i fenomeni *lato sensu* associativi, indipendentemente dall'intento soggettivamente lucrativo o non lucrativo perseguito e dalla natura oggettivamente commerciale o non commerciale dell'attività svolta in forma collettiva: ivi comprese, dunque, le *società commerciali* di qualsiasi tipo, anche di capitali¹⁴.

Dal complesso di queste premesse, discende un primo rilevante corollario: il risvolto positivo dell'art. 11 CEDU fa sì che non esista (o che non dovrebbe esistere) alcun'attività economica che, lecita al singolo, non possa essere esercitata

¹² Il diritto di fondare e aderire a un'associazione implica il diritto autonomo di stabilire regolamenti interni, anche per quanto riguarda l'ammissione e l'esclusione dei membri dal sodalizio: Corte eur. diritti dell'uomo (Commiss.), dec. 13 maggio 1985, *Cheall c. Regno Unito*, in *Décisions et rapports*, n. 42, p. 178 ss.

¹³ Corte eur. diritti dell'uomo 1 gennaio 2006, *Sørensen e Rasmussen c. Danimarca*, in *Recueil des arrêts et jugements*, 2006-I, p. 1; 30 giugno 1993, *Sigurjónsson c. Islanda*, in *Recueil des arrêts et décisions*, série A, n. 264, p. 17; 24 aprile 1996, *Gustafsson c. Svezia*, *ibid.*, 1996, II, p. 652 s.

¹⁴ Nel senso che l'art. 11 si riferisca anche alle società commerciali, da ult. Corte eur. diritti dell'uomo 12 dicembre 2002, *Czmirniks c. Lettonia* (n° 56400/00, decisione sulla ricevibilità) e le altre più risalenti decisioni 30 novembre 2000, *Pastificio Artilio Mastroianni S.r.l. c. Italia* (n° 47479/99, non pubbl.); Commiss., 12 aprile 1996, *Liebscher e a. c. Austria* (n° 25170/94, non pubbl.); 12 gennaio 1994, *X. c. Svizzera*, in *Décisions et rapports*, n. 76, p. 44. È del resto convincimento della dottrina costituzionalistica italiana che pure l'omologo (sebbene non identico) art. 18 Cost. si applichi non solo alle associazioni contraddistinte da idealità di scopi, ma altresì alle società commerciali: A. PACE, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, sub art. 18, Bologna-Roma, 1977, p. 204.

anche in forma associata da più persone collettivamente. Un primo interrogativo, che subito sorge a questo riguardo, è perciò se siano del tutto conformi a convenzione norme interne che limitino alle sole persone fisiche l'accesso a determinate attività di rilievo economico (si pensi al vasto campo delle professioni intellettuali, o al divieto per gli enti locali di costituire società "aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali"¹⁵). Altro tema, contiguo benché in parte diverso, è stabilire se eventualmente rientri nell'ambito di quel *marge d'appréciacion* che la Corte riconosce al singolo Stato, non tanto impedire l'attività associata, quanto imporre che determinati modelli organizzativi possano venire riservati, prescritti o, rispettivamente, vietati, all'esercizio in forma collettiva di una od altra tipologia di attività (ad es., la limitazione dell'esercizio della farmacia privata alle persone fisiche e alle società di persone o cooperative a responsabilità limitata: la riserva dell'attività bancaria alle società per azioni o cooperative per azioni a responsabilità limitata; ecc.).

Un secondo interrogativo riguarda la tutela del profilo individuale, sia nel risvolto positivo, sia nel risvolto negativo (inteso anche, ma non solo, come *droit de se désassocier*). Il diritto (individuale) a rimanere in società viene messo in discussione, ad esempio, nei casi della trasformazione eterogenea di società di capitali in ente non associativo (art. 2500-*octies* c.c.) – quando appunto, per il singolo, il vincolo associativo viene meno del tutto –, e del c.d. *squeeze-out* a seguito di OPA totalitaria (art. 111 T.U.I.F.) – quando il socio minoritario viene privato coattivamente della sua partecipazione ed estromesso definitivamente dalla compagine sociale¹⁶.

¹⁵ Art. 3, co. 27, l. 27 dicembre 2007, n. 244: ed invero, o queste attività sono *toti courti* precluse anche individualmente alle p. a. dalle norme pubblicitistiche, o altrimenti il divieto di svolgerle in forma associata mal si giustifica alla luce dell'art. 11. È il caso di ricordare che nel sistema della CEDU i diritti fondamentali vengono garantiti anche alle persone giuridiche (e quindi, nella specie, anche alle persone giuridiche pubbliche): v. H.J. SNUIDERS, *Privacy of Contract*, in *Human Rights and Private Law, Privacy as Autonomy*, a cura di K.S. Ziegler, Oxford, 2007, p. 110 s.

¹⁶ La disposizione del T.U.I.F., è bene ricordarlo, è di origine comunitaria (cfr. appunto E.A. BALDAMUS, *Reform der Kapitalrichtlinie*, Köln, Berlin, Bonn; München, 2002, p. 127): ma va sottolineato che la direttiva MIFID 25/2004 è finalizzata ad armonizzare il diritto societario (ed ha la sua base legale nell'art. 44, § 2 g, Tratt. CE), non già il mercato mobiliare. Essa introduce pertanto norme che incidono sulla struttura e sulla disciplina endosocietaria, e rientrano quindi potenzialmente nel campo d'applicazione dell'art. 11 CEDU.

Il diritto negativo di associazione viene per contro in considerazione nel caso – speculare – di trasformazione eterogenea di fondazione in società di capitali, laddove un provvedimento della pubblica amministrazione impone la formazione del vincolo sociale e sceglie direttamente il socio, il quale sarebbe così “*affilié à la nouvelle entreprise contre sa volonté*”¹⁷.

Un terzo interrogativo deriva infine dal fatto che l’art. 11 implica anche un’obbligo positiva dello Stato di assicurare il godimento effettivo dei diritti ivi contemplati: e dunque impone allo Stato di proteggere l’individuo contro ogni abuso o posizione dominante da parte del gruppo cui è associato¹⁸. Come si contempera quest’obbligo positivo, ad es., con la previsione dell’efficacia sanante della pubblicità, contenuta agli artt. 2500-*bis* e 2504-*quater* c.c., che impedisce di fatto al singolo socio di godere del diritto a un «ricorso effettivo», nel senso predicato dall’art. 13 CEDU per tutte le libertà garantite dalla convenzione?

In quale maniera non confligge con l’obbligo positivo di proteggere l’individuo contro ogni abuso da parte del gruppo cui è associato il potere, attribuito alla maggioranza dagli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c., di modificare radicalmente la natura dell’attività comune, portandola da ideale ad economicamente rilevante (o viceversa), e sovvertendo irrimediabilmente l’assetto degli interessi interindividuali cui il singolo aveva volontariamente aderito, e così l’identità stessa originaria del gruppo¹⁹?

4. Il secondo riferimento fondamentale è costituito dal ben noto art. 1 del I Protocollo addizionale della CEDU, che reca la garanzia della proprietà privata²⁰.

Anche qui è necessaria una preliminare, seppur sommaria analisi della norma, nell’interpretazione elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo.

È *ius receptum* che l’art. 1 prot. I si scompone in tre distinte regole: (i) una prima norma (§ 1, pr.), di carattere generale, che enuncia il principio del rispetto

¹⁷ Cfr. la già cit. Corte eur. diritti dell’uomo 12 dicembre 2002, *Cēsniels c. Lettonia* (nt. 14).

¹⁸ Ancora v. sul punto Corte eur. diritti dell’uomo 13 maggio 1985, *Cheall c. Regno Unito* (nt. 12), p. 186, e, più in generale, sull’obbligo positivo che incombe allo Stato ex art. 11, Corte eur. diritti dell’uomo 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, in *CEDH*, 2008-XI, § 110.

¹⁹ Cfr. H. WIEDEMANN, *Identität beim Rechtsformwechsel*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, 1999, p. 573.

dei beni di proprietà privata; (ii) una seconda disposizione (§ 1, fine), che definisce le condizioni alle quali risulta lecita l'espropriazione da parte dei pubblici poteri; (iii) un'ultima disposizione (§ 2), che legittima i singoli Stati membri a disciplinare per legge l'uso dei beni in proprietà privata, in conformità all'interesse generale²¹.

È pure incontestato che la norma si riferisce non soltanto alla proprietà *stricto sensu*, su beni mobili o immobili, materiali o immateriali, ma più latamente ad ogni diritto, utilità od interesse, purché patrimonialmente apprezzabile, ivi compresi i diritti di credito²²; e, per quanto qui specificamente attiene alla materia societaria, anche ogni tipo di conferimento di mezzi economici o di capacità personali, con assunzione di rischio individuale.

La pertinenza della garanzia accordata dalla norma si estende dunque, in astratto, a tutte le situazioni giuridiche soggettive patrimoniali che coinvolgono i rapporti interni od esterni alla figura associativa: dal conferimento alla partecipazione sociale, quale "bene di secondo grado"²³, ai dividendi, ai diritti patrimoniali che derivano dallo scioglimento del rapporto sociale – sia esso limitato al singolo socio, o sia invece dipendente da una liquidazione generale –, come pure ai rapporti di debito e credito, in sé esterni alla compagine associativa ma di cui quest'ultima sia soggetto attivo o passivo (si pensi ai titoli obbligazionari e agli strumenti finanziari, specie non partecipativi), nonché al patrimonio sociale rispetto ai terzi.

Due precisazioni si rendono necessarie. La prima è che anche quando,

²⁰ Sulla genesi della norma e sulle ragioni del suo mancato inserimento nel testo della Convenzione propriamente detta, v. alla nota 10.

²¹ B.M. MALZAHN, *Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Frankfurt am Main, 2007, p. 177; J. MEYER-LADEWIG, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, 2006, p. 347.

²² Cfr. Corte eur. dir. dell'uomo 7 luglio 1989, *The Traktorier Aktiebolag c. Svezia*, in *Arrêts et décisions*, Série A, p. 159; C. BIRSAN, *La protection du droit de propriété: développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in AA. VV., *Liber amicorum Lucius Wildhaber* (nt. 8), p. 7.

²³ Nel sistema della CEDU, con specifico riferimento alla rilevanza delle azioni di società quali «beni», dal punto di vista dell'art. 1 Prot. 1, la Corte ha puntualizzato comunque che l'azione di società «costituisce una cosa complessa [...] Non si tratta soltanto d'un credito indiretto sull'attivo sociale, ma anche altri diritti, in particolare i diritti di voto e d'influire sulla società, possono accompagnare l'azione»: Corte eur. dir. dell'uomo 25 luglio 2002, *Sovranavio Holding c. Ucraina*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-VII, § 90 ss.; e parimenti le dec. 30 marzo 2000, *Kind c. Germania*; Commiss., dec. 11 dicembre 1986, *Soc. S. e T. c. Svezia*, in *Décisions et rapports*, 50, p. 121; Commiss., dec. 12 ottobre 1982, *Bramelid e Malinström c. Svezia*, *ibid.*, 29, p. 64.

come nel campo dei rapporti tra privati, non sia invocabile la regola *sub (ii)* - non essendovi tecnicamente espropriazione senza esercizio autoritativo di pubblici poteri - la regola *sub (i)* impone sempre e comunque, in via generale, che ogni privazione della proprietà sia prevista dalla legge, persegua un fine legittimo, risponda a un interesse generale e sia accompagnata da un'adeguata compensazione²⁴.

La seconda precisazione è che l'art. 1 protegge unicamente la proprietà *esistente*, ma non garantisce alcun diritto all'*acquisto* della proprietà²⁵: la CEDU tutela insomma solo i beni, in quanto posseduti; e non invece i modi d'acquisto della proprietà.

Numerosi allora sono i quesiti che emergono, in questo contesto normativo, per quanto riguarda (a) la protezione del capitale di credito, nonché (b) la protezione del capitale di rischio, intesi entrambi come "beni" alla stregua dell'art. 1 prot. 1.

(a) In quale misura il legislatore nazionale, allentando le maglie del riformato art. 2412 c.c. (ma, più in generale e al di là del diritto societario *stricto sensu*, anche disciplinando il mercato mobiliare) senza adottare efficaci protezioni nei confronti degli investitori *retail*, e quello comunitario, tollerando profili di c.d. abuso del ricorso al diritto societario – nella specie, consentendo l'emissione di obbligazioni da parte di *wholly owned* in altro Stato membro, come mezzo per eludere l'applicazione dei limiti (più o meno inderogabili) al prestito obbligazionario nello Stato d'origine – sono venuti meno agli obblighi di protezione della proprietà, loro incombenti ai sensi dell'art. 1? Non va dimenticato che molte tristemente note insolvenze degli anni recenti hanno tratto origine proprio da comportamenti elusivi di questo tipo²⁶.

²⁴ Corte eur. dir. dell'uomo 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 97; J. MEYER-LADEWIG (nt. 21), p. 357.

²⁵ *Ex plurimis*, Corte eur. dir. dell'uomo 9 maggio 1986, *Linde c. Svezia*, in *Décisions et rapports*, 47, p. 272; in dottrina, M.E. VOLLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zürich, 1999, p. 442.

²⁶ Si pensi ai *bonds* Cirio e Parmalat, entrambi emessi da una consociata lussemburghese delle rispettive capogruppo, con poche decine di migliaia di euro di capitale nominale. La nozione di «abuso del ricorso al diritto societario» implica appunto l'adozione di uno strumento organizzativo societario in altro Stato membro, per sottrarsi all'applicazione di norme imperative del proprio ordinamento: si veda la giurisprudenza comunitaria a partire dalla celebre Corte giust. CE, 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd. c. Enhvens- og Selskabsstyrelsen*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 553

E si può affermare che lo Stato, a ciò tenuto dall'art. 13 CEDU, abbia messo davvero a disposizione dei piccoli investitori un ricorso effettivo, oppure si prospettano anche qui vie di ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo?

Sulla base di considerazioni analoghe, si deve sottolineare altresì come mal si concili con la tutela imposta dall'art. 1 prot. 1 l'introduzione dell'art. 2501-*bis* c.c., operata dalla novella del 2003. Se è vero infatti che lo Stato resta libero di configurare come crede i modi d'acquisto della proprietà (e quindi la contendibilità azionaria), è vero anche che nel *merger leveraged buyout* si assiste a una pianificata perdita di valore patrimoniale, vuoi per i soci (di minoranza), vuoi per i creditori della società bersaglio²⁷, che non viene controbilanciata necessariamente da una compensazione indennitaria, com'è invece previsto nell'impianto normativo dell'art. 1 prot. 1.

(ii) Alcuni degli aspetti problematici che, come s'è detto *supra*, interessano la partecipazione sociale sotto l'angolo visuale della libertà d'associazione (art. 11), rilevano parimenti alla stregua dell'art. 1 prot. 1, con specifico riguardo all'investimento di capitale in cui la titolarità azionaria si sostanzia.

Lo *squeeze-out*, ad es., oltre a determinare l'esclusione del socio dalla compagine associativa, si risolve in una misura sostanzialmente espropriativa. Sotto questo profilo, l'istituto è stato ripetutamente investito di dubbi di legittimità, sia davanti alla Corte di Strasburgo, sia davanti al *Bundesverfassungsgericht* tedesco.

Ma mentre quest'ultimo si è limitato ad affermare che il § 327a *AktG* (omologo del nostro art. 111 T.U.I.F.) non viola l'Art. 14, Abs. 1, *GG* (sulla protezione della proprietà privata) sia perchè la perdita da parte degli azionisti di

con nt. Mucciarelli; 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering c. Nordic construction Baumangement*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 3015; 30 settembre 2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, in *Raccolta*, 2003, p. 1-10155; 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, ibid.*, 2006, p. 1-7995; 13 marzo 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, ibid.*, 2007, p. 1-2107.

²⁷ Queste due categorie rappresentano appunto, lo si riconosce, i soggetti da tutelare: cfr. D. GALLETTI, *Leveraged buy out ed interessi tutelati: appunti per la ricognizione della fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 437.

minoranza viene interamente compensata, sia perché gli azionisti di minoranza posseggono, in definitiva, soltanto una *Kapitalbeteiligung* e non una *unternehmerische Beteiligung*²⁸, la Corte europea – decidendo nel 1982 il caso *Bramelid*²⁹ – aveva osservato che, sotto il profilo della conformità all'art. 1 prot. I, «l'obligation faite dans certaines circonstances aux actionnaires minoritaires de céder leurs actions aux actionnaires majoritaires» poteva rientrare nel novero delle disposizioni di competenza statale sull'uso dei beni, in quanto disposizioni «indispensables à toute vie en société sous un régime d'économie de marché». Essa ha però rivendicato anche la propria competenza a sindacare il modo in cui lo Stato concretamente disciplina i rapporti tra privati, onde assicurare che «le législateur n'introduit pas entre eux un déséquilibre tel qu'il aboutirait à dépourvoir arbitrairement et injustement une personne au profit d'une autre»³⁰.

Alla luce delle novità legislative nel frattempo intervenute, ma anche di molti eventi che hanno accompagnato la crisi finanziaria e che talora hanno effettivamente condotto più di un operatore «à dépourvoir arbitrairement et injustement une personne au profit d'une autre», ci si può chiedere se questo equilibrio sia ancor oggi assicurato. Senza dire che, tra il socio di maggioranza che intende acquistare, e il socio di minoranza che intende conservare il proprio bene, la convenzione tutela il secondo ma non il primo.

Ma ci si deve anche chiedere quale sarebbe il risultato se la censura allo *squeeze-out* – anziché sotto il profilo dell'art. 1 prot. I – fosse sottoposta alla Corte dal punto di vista della violazione dell'art. 11 CEDU.

Proprio questo aspetto sembra costituire, in certo qual senso, il punto di snodo della ricerca: sotto l'angolo visuale della CEDU, fino a quale momento si può affermare che l'individuo azionista resti membro di una "associazione commerciale" e sia perciò coperto dalle garanzie dell'art. 11, e quando invece diviene semplice "proprietario" di un bene, sia pur complesso come la *part sociale*?

Il dubbio che la teoria contrattualistica, nata come *foundational theory*, si

²⁸ Si tratta dei due casi *Moto Meter* (BverfG 23 agosto 2000, in *Der Betrieb*, 2001, p. 2031, con nt. contraria di Th. HEIDEL, D. LOCHNER, *Squeeze-out ohne hinreichenden Eigentumsschutz*) ed *Edschar* (BverfG 30 maggio 2007, in *NJW*, 2007, p. 3268). V. altresì B. GRÜNEWALD, in *Münchener Kommentar zum AktG*, a cura di Kropf, Semler, Bd. 9/1, München, 2004, sub § 327a, p. 5 ss.

²⁹ Commiss., dec. 12 ottobre 1982 (nt. 23), p. 72.

riveli inapplicabile alle più complesse dinamiche implicate dall'operare della società, è già stato avanzato nella sua stessa terra d'origine³⁰. L'idea che la visione degli azionisti come meri "proprietari" risulti troppo riduttiva finisce, insomma, per incrociarsi con le imprevedibili applicazioni del diritto d'associazione garantito dall'art. 11 CEDU, nel suo duplice risvolto, positivo e negativo.

³⁰ V. altresì dec. 30 marzo 2000, *Kind c. Germania* (nt. 23), § 1.

³¹ Si veda in proposito ancora *J. DINE* (nt. 1), p. 60.