

XV CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"IMPRESA E MERCATI: NUMERI E COMPUTER SCIENCE"
Roma, 23-24 febbraio 2024

FABRIZIO SUDIERO

RICERCATORE (RTDB) ABILITATO ALLE FUNZIONI DI PROFESSORE ASSOCIATO
(IUS/04)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Sindacato di voto e smart contract: ammissibilità, efficacia, tutele e un tentativo di prototipazione (giuridica).

SOMMARIO: 1. Premessa e obiettivi del *Paper*. - 2. Lo *smart contract* e la sua utilizzabilità in un sindacato di voto. - 3. Sindacati di voto ed efficacia reale. - 3.1. La questione della validità dei patti parasociali (cenni). - 3.2. I sindacati di voto ad efficacia reale o organizzativa. - 3.3. I rimedi giudiziali contro l'inadempimento. - 4. Una possibile diversa soluzione e la validità dello *smart contract* parasociale. - 4.1 La validità dei patti ad efficacia reale e non organizzativa ed il principio-limite di cui all'art. 2372 c.c. - 4.2 Il limite dell'abuso del diritto e comunque della buona fede in senso oggettivo: l' "*exceptio doli smart contract*". - 4.2.1. I confini della fattispecie tra diritto civile e diritto commerciale. - 4.2.2. L'apparato rimediale: dal *Verwirkung* all' "*exceptio doli smart contract*". - 5. *Smart contract* parasociale: validità ed ipotesi di prototipazione. - 5.1 Le possibili ipotesi di progettazione giuridica. - 5.2 Un'ipotesi di prototipazione. - 6. Alcune (prime) conclusioni.

1. *Premessa e obiettivi del Paper*

Come è noto, una delle principali difficoltà che si incontrano nella pratica degli affari, allorché si tratti di negoziare gli equilibri della

governance di una società, è la ricerca di tecniche idonee a garantire il rispetto dei patti parasociali in alternativa ai rimedi risarcitori. Questo perché, come parimenti noto, specie con riguardo ai sindacati di voto, la relativa legittimità si è sempre basata sulla loro efficacia meramente personale e obbligatoria, ritenendo nulli i patti che includessero meccanismi ad efficacia c.d. “reale”¹.

Ciò premesso, tra le diverse riflessioni che l’utilizzo progressivo della tecnologia nel diritto societario e contrattuale inevitabilmente suscita, un rilievo particolare sembra potersi attribuire, con riguardo allo scenario appena illustrato, ai cc.dd. “contratti intelligenti” o “*smart contract*”, previsti espressamente, nel nostro ordinamento, all’art. 8-ter, comma 2 D.L. 135/2018 (convertito con Legge 11 febbraio 2019, n. 12)² e la cui caratteristica fondamentale è la disintermediazione e l’ “automazione dell’esecuzione”³. Essi, infatti, eliminando di fatto la possibilità per un

¹ Su cui v. ampiamente *infra*.

² Il fenomeno ha ricevuto certamente più attenzione nell’ordinamento statunitense come dimostrano, a titolo esemplificativo, gli ordinamenti dell’Arizona, del Vermont, dell’Ohio, del Tennessee, del Wyoming, del Nevada, della California, del Colorado, del Connecticut e Delaware (v., per una recente ricognizione, M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, 40 - 41). In Europa, la riflessione è certamente meno sviluppata, sebbene debbano ricordarsi le Risoluzioni del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*, del 13 dicembre 2018 sulla *blockchain* e del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione riguardo alla legge sui servizi digitali. L’Italia ha tentato un approccio pionieristico in materia rispetto agli altri Stati Europei (v., ad esempio, l’approccio francese con l’Ordonnance n. 2016-520 du 28 avril 2016 e l’Ordonnance n. 2017-1674 du 8 décembre 2017).

³ Si tratta, specie nella loro forma di “*legal smart contracts*”, di contratti digitali codificati attraverso algoritmi informatici in cui l’esecuzione e l’applicazione delle condizioni contrattuali si verificano automaticamente senza la necessità dell’intervento umano. Così li definisce la BANCA EUROPEA PER LA RICOSTRUZIONE E LO SVILUPPO, CLIFFORD CHANCE: «A *smart contract* is an automatable and enforceable agreement. Automatable by computer, although some parts may require human inputs and control. Enforceable either by legal enforcement of rights and obligations or via tamper-proof execution of computer code». Sugli *smart contracts* (locuzione notoriamente ricollegata all’elaborazione teorica del ricercatore statunitense Nick Szabo, ad esempio in *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, 1997) la letteratura è ormai copiosa. A titolo esemplificativo, v., i recenti seguenti lavori: M. MAUGERI, *op.cit.*, 2021, A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019, V. ZENO - ZENCOVICH, “*Smart contracts*”, “*granular norms*” and non discrimination, in *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, a cura di C. Busch, Munich, 2021, 264 ss., S. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 370 ss., L.A. DIMATTEO, M. CANNARSA, C. PONCIBÒ, *Smart Contracts and Contract Law*, in AA. VV., *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 1 ss., F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della Blockchain, Intelligenza artificiale e IoT*, Milano, 2018, 94 ss., D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio*

contraente di rendersi inadempiente, in considerazione della impossibilità di intervenire sulla *blockchain* su cui essi operano, potrebbero, a pieno titolo, rientrare tra quelle tecniche che, presto o tardi, gli operatori saranno tentati di utilizzare per attribuire una effettiva e sostanzialmente definitiva efficacia reale ad un patto parasociale e, segnatamente, ad un sindacato di voto.

L'ipotesi formulata non sembra eccessivamente avveniristica ed anzi i tempi paiono maturi per un'approfondita riflessione, tenuto conto, da un punto di vista tecnico: i) del fenomeno – ormai diffusamente studiato – delle *Decentralized autonomous organization* (DAO), ovvero vere e proprie organizzazioni decentralizzate che operano secondo regole e procedure specifiche definite in algoritmi con una propria *governance*⁴ e che ben potrebbero connettersi a *smart contract* parasociali e determinare l'esecuzione dei diritti di voto attraverso la tokenizzazione di titoli⁵; ii) del governo di strumenti finanziari da parte di algoritmi radicati in *smart contract*, come dimostrano le nuove possibilità offerte dalle *Distributed Ledger Technology* (DLT) di gestione degli strumenti finanziari e, in particolare, l'esercizio dei diritti ad essi connessi, tra cui, appunto, quello di partecipare e votare nell'assemblea. Mentre, da un punto di vista più strettamente giuridico: i) delle specifiche necessità di superamento del sistema di intermediazione nella partecipazione e nell'esercizio dei diritti nelle assemblee delle società quotate, come reso evidente dalla stessa *Shareholder Rights Directive II* (SRD II) ed al relativo Regolamento di Esecuzione n. 2018/1212 che inevitabilmente sembrano incoraggiare l'impiego di strumenti che garantiscano un coinvolgimento diretto degli azionisti come, appunto, la *blockchain*; ii) dei diversi esempi già esistenti di

contrattuale, in *Giur. impr.*, 2017, 378 ss., P. CUCCURRU, *Blockchain e automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contracts*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 107 ss., S. CAPACCIOLI, *Smart contracts: traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, in *Cyberspazio e dir.*, 2016, 25 ss.; REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive di indagini* (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale* 2020, 211.

⁴ V., ad esempio, P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, reperibile su <https://ssrn.com/abstract=2580664> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664> 15 ss.

⁵ I *Token* consistono nella rappresentazione digitale di beni fungibili, non fungibili o titoli (quali ad esempio, anche quote o azioni). Essi vengono generati grazie all'implementazione di specifici *smart contract* e se ne possono sviluppare di diverse tipologie in base al progetto in cui vengono utilizzati. È noto che, vista l'importanza assunta dal fenomeno, anche con riguardo alla relativa circolazione, nelle diverse forme di ICO, IEO e STO, è in discussione un Regolamento europeo sul *cryptoasset markets* (MiCa, COM/2020/593).

impiego della tecnologia in questione⁶; iii) dei tentativi legislativi di disciplinare, quantomeno in una prima approssimazione, l'utilizzo di tale tecnologia⁷.

Sicché, con il presente lavoro, si intenderà, previo esame degli orientamenti in tema di validità dei patti parasociali cc.dd. ad efficacia "reale", di proporre una possibile diversa soluzione al problema in chiave *de iure condito* proprio alla luce di tali nuove tecnologie, concludendo con un tentativo di progettazione (necessariamente, ad oggi, embrionale) di un "sindacato di voto *smart contract*", in prospettiva, allo stato, prudenziale, considerando, in particolare⁸, il problema della sua sostanziale efficacia "reale" e la nota possibile discrepanza tra sistema legale e sistema informatico che può comportare, in ogni caso, l'applicazione di "contratti intelligenti" illegali⁹.

2. *Lo smart contract e la sua utilizzabilità in un sindacato di voto.*

Come detto, lo *smart contract* potrebbe divenire un rilevante strumento per dotare di una certa efficacia un sindacato di voto, al di là delle diverse tipologie in cui si esso potrebbe manifestarsi¹⁰. La sua

⁶ Il NASDAQ e l'ADX (l'*Abu Dhabi Securities Exchange*) hanno dichiarato di impiegare la tecnologia *blockchain* della *Hyperledger Fabric* della Linux Foundation; la società spagnola Iberdrola, ha annunciato di utilizzare la *blockchain* per l'assemblea annuale 2022.

⁷ Come, ad esempio, il *Tennessee Uniform Electronic Transactions Act*, la novellata sec. 224 della *Delaware General Corporation Law*, l'*Act relating to blockchain business development* del Vermont (V.S.A. (VT) s. 4171 - 4175 (U.S.) ed il *Decentralized Autonomous Organizations Supplement* del Wyoming [(WY) s. 17-31-106 (U.S.)] che hanno persino previsto, seppur diversamente tra loro, la possibilità, per una LLC, di scegliere di diventare una *blockchain-based limited liability company*, con una *governance* in tutto o in parte operata attraverso *blockchain*.

⁸ L'impiego dello *smart contract* in ambito societario presenta poi numerose altre problematiche in parte comuni al diritto generale dei contratti (come, ad esempio, il tema dell'identificazione delle parti, della capacità, della forma, del linguaggio, dell'interpretazione, della giurisdizione, della legge applicabile), questioni che, visto l'angolo visuale specifico qui scelto, non saranno trattate nel prosieguo se non per cenni e, in particolare, in sede di proposta di prototipazione. Su alcuni di questi temi v., ad esempio, M. MAUGERI, *op.cit.*, 49 ss., A. STAZI, *op.cit.*, 143 ss. e ivi riff.,

⁹ E' pacifico che «un codice informatico non terrà conto della possibile nullità di un contratto legale a meno che non venga istruito in tal senso. Al contrario, il suo sistema si basa sulle stesse regole ed eseguirà l'accordo solo secondo la configurazione dei suoi algoritmi, a prescindere dalle norme giuridiche». A. STAZI, *op.cit.*, 121.

¹⁰ Dalla semplice rappresentazione di una fase dell'accordo, alla sola esecuzione o persino alla completa incorporazione dell'accordo, come il caso del c.d. *smart legal contract* (V., ad esempio, il *Report of the EU Blockchain Observatory and Forum. Legal and regulatory framework*

applicazione concreta, non sembra, tuttavia, *prima facie*, agevole da immaginare e richiede una previa riflessione tecnica.

Come noto, l'automazione, nell'esecuzione dello *smart contract*, è garantita dalla mera applicazione di un codice del seguente tipo: *if this then that*. I termini dell'operazione economica sottostante sono rappresentati nel c.d. "codice sorgente" e la macchina procede ad eseguire il codice: in altre parole, lo *smart contract*, una volta definito e attivato, sulla base di quanto scritto nel codice sorgente nel linguaggio della *blockchain* scelta¹¹, inizia l'esecuzione del contratto che non può essere interrotta.

Ciò considerato, un sindacato di voto, così strutturato, potrebbe essere immaginato secondo tre diverse modalità¹².

In primo luogo, potrebbe operare attraverso una soluzione caratterizzata da un doppio sistema di *smart contract*: uno relativo alla struttura del sindacato, l'altro quale impalcatura di una DAO su cui far operare l'assemblea¹³, prevedendo, quindi, in sostanza, che il contratto intelligente (il sindacato di voto, appunto) sia integrato con il voto in una DAO. Così, al verificarsi di determinate condizioni (ad esempio, la decisione del sindacato su come esercitare il voto in una determinata assemblea), accertate, per ipotesi, da un c.d. "oracolo" esterno¹⁴, lo *smart contract* "eserciterebbe" direttamente il voto, in linea con la decisione del sindacato, trascrivendolo sulla *blockchain* e agganciandolo alla DAO "assembleare". In altre parole, i voti espressi attraverso il contratto intelligente potrebbero essere così utilizzati come *input* per un secondo livello di voto all'interno di una DAO.

In secondo luogo, ancor più agevolmente, il sistema potrebbe, invece, essere implementato nei sistemi di voto per corrispondenza e per consultazione scritta nella s.r.l., ove il voto produrrebbe effetto nel

of blockchains and smart contracts, 2019, 22-25, che identifica i diversi impieghi degli *smart contracts*, nonché da ultimo A. STAZI, *op.cit.*, 119 ss.).

¹¹ Go o Java per Fabric oppure Solidity per Ethereum, Java o Kotlin per Corda.

¹² Ovviamente si tratta di mere ipotesi e la ricerca è aperta.

¹³ O, addirittura, ove possibile, la società. Non è in questa sede possibile affrontare il più ampio tema dell'ammissibilità di una società integralmente algoritmica su *blockchain* (sul punto v. *supra* con riguardo alle normative del Vermont e del Wyoming).

¹⁴ L'oracolo è, nel linguaggio invalso in materia, una entità, una macchina o un umano, che manda *input* al sistema. Si può distinguere, appunto, tra oracolo automatico o oracolo uomo [AXA ha ad esempio ipotizzato un oracolo che in caso di ritardo dell'aereo pagherà automaticamente una somma (v. M. MAUGERI, *op.cit.*, 34 e *ivi* rif. anche in nt. 37 proprio sul tema dell'uso degli *smart contracts* per l'indennizzo dovuto ai ritardi o cancellazioni di voli ai sensi del Regolamento CE 261/2004)].

momento stesso i cui perviene alla società, *recte*, al presidente se del caso sempre a mezzo di apposita DAO.

In terzo luogo, il voto tramite lo *smart contract* potrebbe essere “recepito” da un presidente o, più in generale, dalla stessa assemblea, ove questi fossero - avveniristicamente - rappresentati da una Intelligenza Artificiale senziente che raccoglie i voti pervenuti a mezzo *blockchain*.

3. Sindacati di voto ed efficacia reale

Tanto premesso e vista la possibile operatività di un sindacato di voto *smart contract*, onde procedere negli obiettivi prefissati, occorre ora verificarne la compatibilità (giuridica) con il nostro ordinamento.

L'indubbia interferenza tra *smart contract* e sindacato di voto è dettato, senza ombra di dubbio, dal già menzionato tema dei limiti di efficacia dei patti parasociali, essendo tuttora prevalente l'orientamento per cui la validità di un patto parasociale sarebbe legata alla sua efficacia meramente personale (e quindi rilevante nei soli rapporti tra paciscenti) ed obbligatoria (ovverosia senza riverberare i propri effetti sugli atti della società), con conseguente inammissibilità di tutti quegli strumenti (sostanziali e processuali) idonei ad impedirne giuridicamente l'inadempimento.

Si tratta ora di valutare se - tenuto conto dei sempre più diffusi orientamenti di segno opposto e dello sviluppo della tecnologia, sia possibile sostenere una diversa opinione e, così, aprire la strada all'impiego dello strumento in esame e quali possano essere, di contro, gli effetti di un suo utilizzo nonostante l'eventuale sua nullità.

3.1 La questione della validità dei patti parasociali (cenni)

Occorre preliminarmente ripercorrere il fondamento della *ratio* che rinviene la validità di un patto parasociale nel suo essere meramente ad efficacia personale e obbligatoria¹⁵.

Come è noto, essa sorse in un periodo storico ove i patti parasociali ancora non erano contemplati dal legislatore, il quale, stando ai lavori preparatori ed alla relazione al Codice, non aveva inteso prendere posizione specifica sulla validità dei patti parasociali, ritenendo il giudice e non il

¹⁵ Sul tema v., per tutti, il recente lavoro di V. DONATIVI, *I patti parasociali*, in *Tratt. di Dir. Comm.*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Torino, 2022, 142 ss. e ivi ruff. dottrinali e giurisprudenziali.

legislatore stesso, l'istituzione a tal fine più adatta, in considerazione della «molteplicità delle situazioni di cui si sarebbe dovuto tener conto» onde scongiurare il rischio di un loro possibile utilizzo strumentale al perseguimento di un interesse non conforme a quello sociale¹⁶. Invero, è parimenti noto che il granitico orientamento giurisprudenziale dell'epoca, prima dell'avvento del TUF, era orientato a dichiarare la nullità dei sindacati azionari (quantomeno quelli deliberanti a maggioranza) in ragione, a differenza di quanto appena visto con riguardo ai lavori parlamentari, dell'incidenza dei sindacati di voto sui profili (imperativi e inderogabili) organizzativi azionari, intendendosi arginare: i) il rischio di trasformare l'assemblea ad un mero "simulacro"; ii) fenomeni di ribaltamento dei rapporti di forza, consentendo alla minoranza (che meno investe nella società) di esercitare potenzialmente una forza più ampia della maggioranza; iii) qualsiasi forma di compressione della libertà di voto; iv) il pericolo di consentire la formazione di volontà "particolari" contrarie all'interesse della società (con una visione, in ogni caso, non sostanziale, ma aprioristica e meramente formale)¹⁷.

A tali argomentazioni altra parte della dottrina (che di contro era favorevole al riconoscimento della validità dei sindacati azionari) era solita rispondere, appunto, evidenziando il diverso piano su cui i patti parasociali operavano, ovverosia quello meramente contrattuale e non organizzativo: i) da un lato, gli impegni assunti con essi, avrebbero esposto il pattista, in caso di inadempimento, al mero risarcimento del danno, senza produrre alcun effetto in punto validità ed efficacia degli atti sociali e senza in alcun modo poter alterare i meccanismi assembleari o relegare l'assemblea ad un mero simulacro, poiché essi avrebbero assunto rilievo sociale e formale, a tutto voler concedere, solo nel momento in cui si fossero manifestati nelle forme e nel rispetto del regole organizzative e procedurali tipiche della formazione delle deliberazioni assembleari, ii) dall'altro potevano già rinvenirsi diversi indici normativi che, di contro, tolleravano - se non incentivavano - la formazione dell'orientamento di voto in un momento antecedente all'adunanza¹⁸ nonché meccanismi dissociativi del binomio

¹⁶ V. Relazione al codice civile *sub* § 972.

¹⁷ V. G.A. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, 493 ss.

¹⁸ Come, ad esempio, gli artt. 2370, comma 4 c.c. per cui lo statuto può consentire l'esercizio del diritto di voto per corrispondenza o in via elettronica, l'art. 2372 c.c. per cui nel conferire

potere/rischio¹⁹. Infine, si sottolineava come il limite al diritto di voto fosse rappresentato dal conflitto di interessi con la società, operante sul piano negativo e non su quello positivo-conformativo e, come tale, disponibile da parte del socio nei limiti dei filtri di meritevolezza tipicamente contrattuali e non sulla scorta di una preconcepita contrarietà al sistema organizzativo societario²⁰.

Negli anni a seguire furono numerose le norme che iniziarono a contemplare l'esistenza di patti parasociali quali fattispecie oggetto di obblighi di comunicazione a determinate autorità o quali elementi di più ampie ipotesi di controllo²¹. Aspetto che, secondo alcuni interpreti, ne avrebbe già sancito la liceità²², la quale, tuttavia, sarebbe stata riconosciuta a chiare lettere, secondo l'orientamento prevalente, soltanto con l'approvazione del TUF e la riforma del diritto societario del 2003 (con gli

la delega di voto il socio impartisce istruzioni al delegato (di talché, anche in tal caso, il voto espresso da quest'ultimo è predeterminato dal primo), l'art. 2347 c.c. per il quale il rappresentante comune degli azionisti esprime un voto già concertato prima dell'adunanza, l'art. 2533 c.c. che prevede la possibilità di esercitare il voto in assemblee separate o, ancora, come non si è mancato di rilevare lo stesso fenomeno della società unipersonale cristallizza la mera formalità dell'assemblea (P.G. JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 225).

¹⁹ Come, ad esempio, la riduzione dei *quorum* per le convocazioni successive alla prima, l'istituto delle azioni senza diritto di voto o con voto limitato o condizionato, il fenomeno del controllo (che l'art. 2359 c.c. già individuava anche nelle forme di fatto).

²⁰ Sintetizza il punto V. DONATIVI, *op.cit.*, 175.

²¹ V., ad esempio: l'art. 2, comma 5, l. 5 agosto 1981, n. 416 in materia di società titolari di testate giornalistiche; l'art. 13, comma 7, e l'art. 37, comma 1, l. 6 agosto 1990, n. 223 in tema di società operanti nel sistema radiotelevisivo pubblico e privato; l'art. 7, comma 1, lett. b), l. 10 ottobre 1990, n. 287 in tema di tutela della concorrenza e mercato ove il riferimento implicito ai patti parasociali è unanimemente condiviso (v., per tutti, C. Osti, *Sub artt. 5, 6 e 7*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, Bologna, 1993, v. I, 577; M. S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. Soc.*, 1995, 457); l'art. 26, comma 2, d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 in tema di nozione di controllo nei gruppi creditizi; l'art. 4, comma 3, l. 2 gennaio 1991, n. 1 in materia di intermediazione mobiliare; l'art. 10, comma 2, l. 9 gennaio, n. 20 in tema di vigilanza sulle assicurazioni; l'art. 26, comma 2, lett. b), d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 di attuazione delle direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE in tema di bilancio; gli artt. 7, comma 2, 10, commi 4 e 5 l. 18 febbraio 1992, n. 149 in tema di disciplina delle offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, acquisto e scambio di titoli; gli artt. 1, 2, comma 1 lett. b), 3, 8 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332 come modificato dalla legge di conversione 30 luglio 1994, n. 474; gli artt. 20, comma 2 e 23 TUB.

²² V., tra altri, R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 25 ss.; B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, cit., 13 ss.; G. SBISÀ, *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, cit., 69 ss.; S. Grassani, *I sindacati di voto e legislazione speciale: ubi lex dixit ... voluit?*, in *Contr. e impr.*, 1995, 83 ss.

artt., rispettivamente, 122-123 e 2341-bis e 2341-ter²³) come dimostrarono le numerose pronunce giurisprudenziali di lì in avanti, ma, pur sempre, nonostante il riconoscimento normativo se aventi un effetto meramente obbligatorio non idoneo ad incidere sulle competenze assembleari²⁴.

3.2 I sindacati di voto ad efficacia reale o organizzativa

Sicché, le argomentazioni che a lungo la dottrina e la giurisprudenza avevano addotto per sostenere la validità *tout court* dei sindacati di voto, in assenza di loro espresso riconoscimento normativo, sono poi state successivamente utilizzate per sancirne i limiti di ammissibilità, giungendo a ritenere nulli tutti quei patti, o clausole ad essi accessorie, che rendono sostanzialmente impossibile al socio di rendersi inadempiente, votando diversamente da quanto deciso da un sindacato di blocco (per questo detti patti ad efficacia c.d. “reale”). Si faceva (e si fa tuttora), infatti, riferimento a quella libertà del socio di svincolarsi dal patto derivante dalla sua menzionata efficacia meramente obbligatoria²⁵, rinvenendo, nell’art. 2372, comma 3 c.c. (che prevede che la delega in assemblea è sempre revocabile «nonostante ogni patto contrario»), il principale argomento letterale, sistematico e, invero, anche teleologico²⁶ per sancire la predetta invalidità²⁷.

²³ Cfr. l’*excursus* di V. DONATIVI, *op.cit.*, 179 ss.

²⁴ Le pronunce più significative successive all’approvazione del TUF, si ebbero nel 2001 e, segnatamente: Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, in *Soc.*, 2002, 1246 e Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Giur. comm.*, 2002, II, 666.

²⁵ Sul tema v., per tutti: G. COTTINO, *Il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Il nuovo regime delle società quotate: prime considerazioni*, in *Giur.it.*, 1998, 1296, A. BADINI CONFALONIERI, A. Badini Confalonieri, *I patti parasociali*, in AA.VV., *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2010, 853, A. BLANDINI, *Sub art. 2341 bis*, cit., 89 ss.; R. COSIL, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, cit., 206; C. FOIS, *I patti parasociali*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Atti del Convegno di Courmayeur del 27-28 settembre 2002, Milano, 2003, 123; G. OPPO, *Sub artt. 122 e 123*, cit., 1135 ss.; R. RORDORF, *Il controllo sulla società: patti parasociali*, cit., 786 ss., G. SBISÀ, *Artt. 2341bis - 2341 ter*, cit., 226 ss.; M. VENTORUZZO, *Sindacati di voto a “tempo determinato”*, cit., 574. In giurisprudenza v., ad esempio, Cass., 18 luglio 2007, n. 15963, Cass., 28 aprile 2010, n. 10215, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 141 ss., Trib. Napoli, sez. impr., 8 ottobre 2020, n. 6438, in *Onelegale*.

²⁶ Così G. LEOGRANDE, *Artt. 2341 bis - 2341 ter*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, v. I, Padova, 2005, 96 ss.

²⁷ Eloquenti sul punto già le note parole della S.C.: «al socio non è in alcun modo impedito di optare per il non rispetto del patto, ogni qual volta l’interesse a un certo esito della votazione assembleare prevalga sul rischio di dover rispondere dell’inadempimento del patto» (Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, cit., poi ripresa dalla giurisprudenza successiva). V. le riflessioni sulla pronuncia

Tra questi meccanismi, volti in sostanza a privare i soci della legittimazione all'intervento in assemblea e all'esercizio del voto, si è soliti ricordare²⁸: il mandato collettivo irrevocabile ai sensi dell'art. 1726 c.c. (o anche in *rem propriam* e art. 1723 c.c.), il rilascio di procure di voto irrevocabili, la girata per procura, l'intestazione fiduciaria di azioni, il conferimento di partecipazioni in un *trust*, il deposito delle azioni ex art. 1773 c.c. effettuato nell'interesse di tutti i paciscenti presso un terzo mandatario o presso la società.

Secondo una diversa tesi la nullità colpirebbe soltanto la clausola connotata dai profili di efficacia "reale", in quanto il c.d. patto ad efficacia reale si articolerebbe in una pluralità di negozi: i) un negozio-base (o principale), costituito dalla convenzione di voto e dagli obblighi accessori di depositare le azioni presso fiduciaria, di girarle per procura, di conferire mandato irrevocabile ecc.; ii) singoli negozi ausiliari (o accessori) di deposito delle azioni, di girata per procura, di mandato irrevocabile ecc. Solo questi ultimi sarebbero, dunque, nulli, rimanendo, il negozio-base, valido ex art. 1419 c.c. (in quanto comunque idoneo a realizzare gli interessi delle parti) o in virtù della conversione in negozio ad efficacia obbligatoria ex art. 1424 c.c. o, ancora, in ragione del carattere "unilaterale" che lo lega ai negozi accessori²⁹.

Secondo altra tesi, anche tali patti (o tali clausole) sarebbero valide alla condizione di estendere (se del caso in via analogica) anche ad essi la previsione dell'art. 2372, comma 3 c.c.³⁰: infatti, anche allorquando si ritenesse che la revocabilità della procura non si estende al mandato che sta a monte del conferimento della rappresentanza, il socio potrebbe così riappropriarsi della propria libertà di voto in assemblea, revocando il potere rappresentativo³¹.

Infine, esiste una terza e più recente tesi per cui i menzionati patti (o clausole rafforzative del vincolo) sarebbero in ogni caso validi anche a

²⁸ V. la rassegna di G. SBISÀ, *Sindacati di voto e rappresentanza in assemblea*, in AA.VV., *Sindacato di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. Bonelli e P.G. Jaeger, Mialno, 1993, 127 ss.

²⁹ G.A. RESCIO, *op.cit.*, 614 ss. e 663.

³⁰ Così A. BADINI CONFALONIERI, *I patti parasociali*, cit., 866 con riserve su alcuni strumenti ad efficacia reale; per un'applicazione estensiva dell'art. 2372 c.c. v. anche FIORIO, sub *artt.* 2341 *bis* e 2341 *ter*, *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino *et al.*, 2004, Bologna, 137, M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, v. 4, Milano, 2007, 481.

³¹ A. BADINI CONFALONIERI, *I patti parasociali*, cit., 309.

prescindere dal riferimento all'art. 2372 c.c. per ragioni di ordine sistematico, teleologico e assiologico³².

Anzitutto, si evidenzia la «benevola ipocrisia», di cui già parlava autorevole dottrina³³, di riconoscere la validità dei patti parasociali solo sul presupposto della loro possibile violabilità: se ciò già appariva una contraddizione logica in un contesto in cui non vi era ancora un sicuro riconoscimento normativo, oggi, che si è sancita la validità di essi anche per via positiva, tale orientamento manifesterebbe una palese incoerenza sistematica³⁴. Inoltre, viene posto in luce il ragionamento meramente formalistico e finanche contraddittorio, da un lato, di escludere la validità dei patti che escludono formalmente la possibilità di inadempimento, ma, dall'altro, di ammettere quelli che potrebbero impedirli di fatto come nei casi di clausole che prevedono *put-option* o *call-option* in caso di violazione (stante il conseguente peso economico dell'operazione) o rilevanti penali (non solo e non tanto per l'ammontare, riducibile ex art. 1384 c.c., bensì in quanto la loro applicazione sarebbe perpetua ad ogni violazione, posto che la loro applicazione non scioglie il vincolo, gettando il socio nel perpetuo dilemma ad ogni assemblea)³⁵. Di talché il voto, anche in tal caso, sarebbe "insincero" con buona pace del predetto valore della libertà di voto.

Da un punto di vista assiologico, si pongono in luce, *in primis*, sia l'autodeterminazione del socio che consapevolmente ha sacrificato il proprio diritto di voto sia che tale sacrificio, quantomeno per le s.p.a., sarebbe circoscritto temporalmente³⁶ sia la fallacia del ragionamento che vorrebbe porre alla base della "libertà" di inadempimento principi derivanti dall'analisi economica del diritto (e, segnatamente, quelli dell'inadempimento efficiente³⁷): poiché, infatti, il risarcimento sarebbe più efficiente rispetto alla tutela specifica solo ove questo fosse in grado di assicurare l'integrale ristoro (lasciando così indifferente a tale scelta la controparte), è tuttavia proprio la difficoltà nella quantificazione del danno in queste fattispecie (anche, per vero, in presenza di penali, posta, come

³² Cfr. V. DONATIVI, *op.cit.*, 194 ss.

³³ V., per tutti, G. COTTINO, *Ancora sui sindacati di voto: con qualche variazione sul tema*, in *Giur. it.*, 1998, XII, 2336.

³⁴ V. DONATIVI, *op.cit.*, 195.

³⁵ V. DONATIVI, *op.cit.*, 197.

³⁶ V. DONATIVI, *op.cit.*, 196.

³⁷ V. per tutti G. KLASS, *Efficient Breach*, in *The Philosophical Foundations Of Contract Law*, Oxford University Press, 2014, 362-387.

appena visto, la loro possibile riduzione ad equità³⁸) a rappresentare il punto debole nelle valutazioni in questione³⁹. In secondo luogo, sempre nella prospettiva assiologica, è stato anche posto in luce – seppur con una argomentazione *ad inconvenienti* – il rischio di incentivare, attraverso la garanzia delle violabilità del patto, comportamenti opportunistici (e financo in mala fede), essi stessi, invero, in grado di minare l'interesse sociale⁴⁰.

3.3 I rimedi giudiziali contro l'inadempimento

Di pari passo va la discussione intorno ai rimedi esperibili in caso di inadempimento (conclamato o temuto) al sindacato: da una parte, l'interesse ad invocare rimedi giudiziali di tipo reale riposa sulla medesima giustificazione alla base della ricerca di meccanismi negoziali volti ad impedire l'inadempimento, ovverosia l'inadeguatezza della mera tutela risarcitoria; dall'altro, per chi sostiene la tesi dell'inammissibilità, si ritiene che anche i rimedi processuali dovrebbero preservare la libertà di scelta del pattista in assemblea. In particolare si discute se siano ammissibili, oltre a rimedi risarcitori o, in ogni caso, meramente obbligatori (ivi inclusi provvedimenti costitutivi ex art. 2392 c.c. di trasferimenti coattivi di partecipazioni in caso di clausole call e/o put), anche rimedi "reali", sia in prevenzione all'inadempimento (come, per esempio, ordini o divieti all'esercizio del diritto di voto) sia di reazione ad esso (come l'esecuzione forzata di obblighi o forme equivalenti con cui ottenere provvedimenti costitutivi o sostitutivi che tengano luogo del voto del contraente inadempiente).

Tre parrebbero gli orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo filone, tali rimedi sarebbero inammissibili appunto perché la loro coercibilità mediante misure cautelari si sarebbe dovuta «escludere in ragione della natura meramente obbligatoria dei patti parasociali, riconosciuta dalla più recente giurisprudenza di legittimità⁴¹»⁴².

³⁸ Così anche G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, cit., 654 ss.

³⁹ V. sul punto A. POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia, efficacia e coercibilità dei patti parasociali di voto*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1506 ss.

⁴⁰ V. DONATIVI, *op.cit.*, 197, A. POMELLI, *Stipulazione*, cit., 1510 ss.

⁴¹ Ci si riferiva a Cass., 5 marzo 2008, n. 5963, ma anche a Cass., 18 luglio 2007, n. 15963 e alla già citata Cass. 23 novembre 2001, n. 14865.

⁴² Così la nota pronuncia di Trib. Belluno, 23 gennaio 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, II, 1488 e 27 marzo 2010 (ord.), in *Giur.it.*, 2011, 128 ss. Nello stesso senso, ad esempio, Trib. Roma, 20 dicembre 1997, in *Giur. comm.*, 1997, II, 119 ss., Trib. Ancona, 10 giugno 1998, in *Dir. e lav. Marche*, 2000, 76 ss.

Inoltre, il diritto di voto sarebbe incoercibile, in quanto obbligo di *facere* infungibile, la mancanza di un rimedio invalidativo sulla delibera eventualmente assunta in violazione del patto parasociale (stante gli effetti meramente obbligatori o comunque non “organizzativi” di questo), quale specifico rimedio *ex post*, impedirebbe il rimedio preventivo, ovverosia un provvedimento giudiziario sostitutivo e, infine, ad un rimedio giudiziario “reale” osterebbe l’ormai costante orientamento del legislatore nel preferire, onde preservare la certezza degli atti societari, la tutela obbligatoria a quella reale. Tale orientamento parrebbe quello dominante⁴³.

Secondo una diversa corrente di pensiero, tali rimedi sarebbero, invece, pienamente ammissibili, posto il riconoscimento positivo dei sindacati di voto ed anzi potendosi persino ordinare al socio, a fronte della manifesta intenzione di non adempiere ad un sindacato di voto, di votare in assemblea in linea con il sindacato di voto, a prescindere dalla infungibilità della prestazione, la quale può rilevare solo sul piano della esecuzione e non della emissione del provvedimento⁴⁴.

Infine, nel solco di quest’ultimo orientamento si inseriscono alcune recenti pronunce che, pur concedendo provvedimenti cautelari (anche inibitori) affermano, quasi contraddittoriamente⁴⁵, che comunque il paciscente sarebbe libero di votare diversamente (nonostante l’inibitoria)⁴⁶.

In dottrina, prevale parimenti l’orientamento che nega l’ammissibilità di rimedi reali⁴⁷.

Tuttavia, si è recentemente tentato di confutare le argomentazioni alla base di tale opinione⁴⁸.

⁴³ V. recentemente Trib. Milano, 4 gennaio 2020, in *Giur.it*, 2021 126 ss.

⁴⁴ Trib. Milano, 20 gennaio 2009, in *Soc.*, 2009, 1129 ss., Trib. Genova, 8 luglio, in *Soc.*, 2004, 1265 ss.

⁴⁵ Tale per cui l’inibitoria potrebbe, quindi, rivelarsi in sostanza inutile. Ciononostante, tali pronunce aprono una significativa breccia nella tesi dominante, tenuto conto, non solo dell’art. 388 c.p., ma del fatto che, in via esecutiva, l’art. 669-duodecies c.p.c. consente un certo margine di manovra del giudicante (su cui v. oltre).

⁴⁶ Trib. Milano, 9 ottobre, 2022, n. 33764, in *Soc.*, 2023, 303 ss.

⁴⁷ V. la sintesi dei diversi orientamenti in V. DONATIVI, *op.cit.*, 199 ss. il quale ricorda anche le diverse sfumature nei vari orientamenti, come quella di L. FARENGA, *I contratti parasociali*, 1987, 379 ss. che distingue i “patti sociali” da quelli “extrasociali” e di F. PADOVINI, *L’esecuzione in forma specifica delle convenzioni di voto nelle società*, in *Rass. Dir. civ.*, 1981, 197 ss. per il quale sarebbe stato possibile ricorrere all’esecuzione in forma specifica nelle sole società di persone e non in quelle di capitali, stanti i meccanismi inderogabili delle relative regole procedurali.

⁴⁸ V., in particolare, V. DONATIVI, *op.cit.*, *passim*.

In primo luogo, si ritiene superabile l'argomento per cui il diritto di voto sarebbe incoercibile in quanto obbligo di *facere* infungibile, posta l'ormai ammissibilità dell'*astreinte* ex art. 614-bis c.p.c. e, in ogni caso, dovendosi mettere in discussione lo stesso assunto per cui il diritto di voto rappresenterebbe un obbligo di *facere* infungibile non essendo la prestazione oggetto di esecuzione coattiva materialmente ed inscindibilmente legata alla persona del debitore (come nel caso di un pittore: d'altronde l'istituto della delega al voto dimostra proprio questo), con la conseguenza che nulla impedirebbe di disporre che il voto sia esercitato da un ausiliario di un giudice ex art. 612 c.p.c.⁴⁹ e, in via cautelare, ex art. 669-duodecies c.p.c. In secondo luogo, all'assunto per cui un rimedio preventivo sarebbe inammissibile mancando un rimedio invalidativo della delibera eventualmente assunta in violazione del patto parasociale, si è risposto che proprio tale rilievo imporrebbe una tutela preventiva cautelare atipica⁵⁰. Infine, all'argomento per cui, nel diritto societario, la tutela reale sarebbe ormai recessiva rispetto a quella obbligatoria, si è ribattuto che ciò potrebbe valere per, al più, per taluni rimedi successivi e non per quelli preventivi al compimento di quegli atti la cui certezza si intende preservare attraverso il sacrificio della tutela reale⁵¹. Infine, si è ritenuto che, confutati i predetti argomenti processuali, la tutela giudiziaria "reale" ed anche preventiva dovrebbe ammettersi per le medesime argomentazioni sistematiche ed assiologiche sostenute sopra a proposito dell'ammissibilità di meccanismi negoziali "reali" di rafforzamento dell'adempimento dei sindacati di voto⁵². Sicché, una volta ammessa la possibilità di introdurre clausole negoziali idonee a rafforzare - "realmente" - il vincolo ed impedire l'inadempimento, a fornitori dovrà ammettersi una tutela giudiziaria di analogo peso sia preventiva che reattiva rispetto ad un inadempimento ad un sindacato di voto. Con l'unico limite - secondo la stessa dottrina che intende ammettere siffatte ipotesi - di escludere rimedi giudiziali idonei ad alterare le regole organizzative e di funzionamento della società (come nei casi in cui, per esempio, il Giudice potesse ordinare o sospendere la

⁴⁹ Lo ricorda V. DONATIVI, *op.cit.*, 203 che, a tal proposito, riprende gli esempi di E. MACRÌ, *L'efficacia dei patti parasociali*, cit., 251.

⁵⁰ V. DONATIVI, *op.cit.*, 205.

⁵¹ Così, sempre, V. DONATIVI, *op.cit.*, 205.

⁵² V. DONATIVI, *op.cit.*, 208.

convocazione di un'assemblea o annullare una delibera in caso di violazione di un patto parasociale)⁵³.

4. Una possibile diversa soluzione e la validità dello smart contract parasociale

4.1 La validità dei patti ad efficacia reale e non organizzativa ed il principio-limite di cui all'art. 2372 c.c.

Ciò considerato, tenuto conto di tali ormai diffusi orientamenti permissivi e del menzionato e noto incedere inarrestabile della tecnologia – anche a prescindere dal diritto⁵⁴ - i tempi sembrerebbero maturi per un'attenta riflessione sull'opportunità di ammettere, ma governare, piuttosto che bandire e ignorare, meccanismi reali (e non organizzativi) di rispetto dei sindacati di voto.

Riterrei, pertanto, sommessamente, di proporre una diversa possibile soluzione.

Anzitutto, occorre rilevare che se, sul piano logico, parrebbe condivisibile l'osservazione per cui non possa ritenersi valido un patto alla condizione della sua violabilità, sul piano teleologico e sistematico il "paradosso" in questione parrebbe essere tale forse solo apparentemente.

Paiono deporre in tal senso il rilievo organizzativo e la struttura corporativa delle società. Da una parte, infatti, anche a voler del tutto obliterare l'importanza del dibattito assembleare, proprio alla luce dell'ormai invalsa prassi dell'assunzione di decisioni "altrove", non sembra potersi ignorare che tale organo sia ancora normativamente previsto e che, soprattutto, nelle materie di sua competenza, siano solo le sue decisioni (senza potersi ammettere equipollenti) a vincolare soci e amministratori ex art. 2377 c.c. e, quindi, ad avere rilievo nella formazione della volontà sociale, con la conseguenza che il suo ruolo soltanto "apparente" nei fatti non lo è giuridicamente. Dall'altra parte, però, dovrebbero anche considerarsi: (i) la vincolatività del contratto (ex artt. 1218 e 1372 c.c.), (ii) la piena disponibilità del diritto di voto (altrimenti non dovrebbe neppure ammettersi la validità in sé del patto parasociale) e, infine (iii) le conseguenze, sul piano operativo, della libertà di scelta del socio di violare

⁵³ V. DONATIVI, *op.cit.*, 209.

⁵⁴ Sono ormai note le tesi di Lessing del *Code is Law* (L. LESSING, *Code and Other laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999), secondo cui l'algoritmo potrebbe e persino prescindere dalla legge o esso stesso essere considerato tale.

o meno il patto⁵⁵. Ebbene, tali esigenze sembrerebbero trovare un limite, un punto di intersezione nell'insopprimibile diritto potestativo del socio di riappropriarsi dell'esercizio del proprio diritto di voto, principio che parrebbe implicito nell'art. 2372, comma 3 c.c. (il quale ne rappresenterebbe, dunque, una sola applicazione) che sancisce la libertà di revoca della delega del socio, in ogni momento, a prescindere da qualsivoglia patto contrario (che non viene identificato nulla dalla norma, piuttosto inefficace).

Sicché, sembra potersi dire che non è tanto la libertà di non adempiere ad essere garantita dall'ordinamento - quasi come se vi fosse, in maniera effettivamente paradossale, una norma imperativa che la sancisca - quanto il diritto di esercitare liberamente il voto in assemblea, come previsto dall'art. 2372, comma 3 c.c., viste le conseguenze organizzative e sociali di cui all'art. 2377 c.c. (che prevede la vincolatività della delibera ove presa in conformità alla legge o allo statuto)⁵⁶.

Se si condividono tali premesse, allora un sindacato di voto ad efficacia "reale" non potrebbe ritenersi di per sé nullo, dovendosi piuttosto sempre consentire giuridicamente al socio di esercitare il proprio diritto potestativo di votare liberamente, in base ad una interpretazione estensiva dell'art. 2372, comma 3 c.c.⁵⁷, se del caso a mezzo procedimento cautelare.

Pertanto, ferma restando la libertà contrattuale secondo il filtro di meritevolezza (già effettuata a monte dal legislatore nell'ammettere i sindacati di voto) il diritto del socio di votare liberamente - quale principio-limite sotteso all'art. 2372, comma 3 c.c. - interviene sul piano, non genetico, bensì esecutivo del patto, con la quadruplici conseguenza di: (i) doversi ritenere valide le clausole idonee a rendere il patto ad efficacia "reale", (ii) doversi ammettere in ogni caso il diritto potestativo del socio di non adempiere a quel patto votando diversamente da quanto deciso dal sindacato, (iii) doversi conseguentemente ritenere invalide, ove non fosse

⁵⁵ Come già osservato, infatti, con essa si perseguirebbe l'interesse di assicurare l'efficiente gestione della società poiché il socio potrebbe decidere «cosa possa essere preferibile, pur con una valutazione meramente individuale, tra l'adempimento al patto o il suo inadempimento al costo del risarcimento» (P. FIORIO, *I patti parasociali*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Atti del Convegno di Courmayeur del 27-28 settembre 2022, Milano, 2003, 137).

⁵⁶ Favorevole ad una estensione dell'art. 2372, comma 3 c.c. ma contrario ad un principio generale inderogabile di diritto di voto è A. BADINI CONFALONIERI, *op.cit.*, 865 ss.

⁵⁷ L'interpretazione estensiva dell'art. 2372 c.c. è già stata affermata da P. FIORIO, *op.cit.*, ove ulteriori riferimenti, seppur in una prospettiva diversa da quella qui proposta, avendo ivi ipotizzato l'invalidità di ogni forma di coercizione del socio.

materialmente possibile bloccare il voto nonostante l'esercizio del predetto diritto potestativo, le delibere assembleari approvate in virtù di esso; (iv) sindacare l'esercizio di tale diritto potestativo del socio mediante il filtro di meritevolezza o, meglio buona fede e correttezza, facendo riferimento anche alla teoria dell'abuso del diritto.

In altre parole: a) il diritto potestativo del socio di "revocare" la delega e, quindi, di non votare in linea con il sindacato di voto, non agirebbe sul piano genetico ma solo su quello eventuale e successivo degli effetti del patto e, segnatamente, del diritto di voto; b) le clausole e ogni accorgimento volto ad impedire l'esercizio di tale diritto del socio saranno più semplicemente giuridicamente inefficaci (ovverosia "disinnescate") dinnanzi al suo (legittimo) esercizio, quantomeno sul piano societario; c) l'esercizio del diritto di voto mediante meccanismi "reali" in contrasto con tali determinazioni (di "ripensamento" ex art. 2372 c.c.) del socio sarà inefficace e l'eventuale delibera viziata⁵⁸; d) per questa via, quindi, sarebbero anche ammissibili provvedimenti cautelari, tuttavia soltanto se volti ad impedire il voto ad opera dei predetti meccanismi reali nonostante l'esercizio di tale diritto potestativo del socio e non se indirizzati (salvo quanto si dirà oltre in tema di *exceptio doli*) ad obbligare il socio a votare in linea con quanto deciso nel sindacato di voto⁵⁹.

La soluzione proposta (ovverosia della validità di patti parasociali poi disinnescati da eventi esterni proprio oggetto dei medesimi patti) lungi dal rappresentare una contraddizione sistematica, sembra trovare un precedente normativo specifico proprio in materia di patti parasociali. Il riferimento è ai c.c.d.d. patti "anti-OPA" previsti dall'art. 122, comma 5 lett.

⁵⁸ Che la violazione dell'art. 2372 c.c. determini l'invalidità delle delibere è principio pacifico. Da ultimo v. Trib. Milano, 21 luglio 2020, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. Pertanto, non sarà il patto parasociale ad aver avuto effetto sulla delibera (cosa che sarebbe inammissibile stante l'efficacia non organizzativa del patto), ma la violazione, in via sistematica, dell'art. 2372, comma 3 c.c., in quanto assunta con un voto non validamente (o efficacemente) espresso.

⁵⁹ La soluzione proposta (ovverosia della validità di patti parasociali poi disinnescati da eventi esterni proprio oggetto dei medesimi patti) lungi dal rappresentare una contraddizione sistematica, sembra trovare un precedente normativo specifico proprio in materia di patti parasociali. Il riferimento è ai c.c.d.d. patti "anti-OPA" previsti dall'art. 122, comma 5 lett. d-bis) TUF ai quali parrebbe possibile recedere proprio in presenza di un OPA ex art. 123, comma 3 TUF, ritenendo di poter escludere la stessa facoltà di rinunciare al diritto di recesso (P. FIORIO, *op.c.it.* 88 ss.) (la coerenza sistematica di tale disciplina è confermata da V. DONATIVI, *op.cit.*, 501 e, prima, G. MEO, *Modifiche di patti parasociali, tutela delle minoranze e opa obbligatoria (considerazioni sul patto anti-opa RCS mediaGroup)*, in *Giur.comm.*, 2005, I, 602 ss.).

d-bis) TUF ai quali parrebbe possibile recedere proprio in presenza di un OPA ex art. 123, comma 3 TUF⁶⁰, ritenendo di poter escludere la stessa facoltà di rinunciare al diritto di recesso⁶¹ (il che ricorda, *mutatis mutandis*, ai nostri fini, proprio la previsione dell'art. 2372, comma 3 c.c. che considera inefficace qualsiasi patto volto ad escludere la revoca della delega).

4.2. *Il limite dell'abuso del diritto e comunque della buona fede in senso oggettivo: l' "exceptio doli smart contract".*

4.2.1 *I confini della fattispecie tra diritto civile e diritto commerciale.*

Come anticipato, la soluzione ipotizzata, consente, altresì, di sindacare l'esercizio del diritto potestativo del socio di non adempiere al patto e, eventualmente, ove ritenuto possibile secondo le tesi di seguito esposte, di paralizzarne gli effetti a mezzo del filtro dell'abuso del diritto e della clausola generale di buona fede e correttezza (mediante l'*exceptio doli*).

Non è questa la sede per prendere posizione sulla nota *querelle* (più dottrinale che giurisprudenziale)⁶² relativa alla distinzione tra abuso del diritto e buona fede, né ciò appare, invero, utile ai nostri fini, posto che l'angolo visuale qui adottato intende considerare entrambi onde sindacare, appunto, in concreto, la legittimità, sul piano societario, dell'esercizio potestativo sotteso all'art. 2372 c.c., di modo che esso non si appalesi né lo strumento attraverso il quale ottenere vantaggi diversi da quelli che costituiscono l'utilità garantita dall'ordinamento dall'art. 2372 c.c.⁶³ (*filtro dell'abuso del diritto*) né in contrasto con gli obblighi di buona fede e correttezza in senso oggettivo che permeano, ex artt. 1175 e 1375 c.c. ogni atto negoziale ancorché unilaterale e che ostano, tra altro, a comportamenti che nelle modalità di esercizio si rivelano contraddittori e lesivi dell'altrui affidamento (*filtro della buona fede e correttezza*).

⁶⁰ La coerenza sistematica di tale disciplina è confermata da V. DONATIVI, *op.cit.*, 501 e, prima, G. MEO, *Modifiche di patti parasociali, tutela delle minoranze e opa obbligatoria (considerazioni sul patto anti-opa RCS mediaGroup)*, in *Giur.comm.*, 2005, I, 602 ss. Sul tema v., ancora, P. MONTALENTI, S. BALZOLA, *La società per azioni quotata*, in AA.VV., *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2010, 1849, A. TRISCORNIA, *Il diritto di recesso dai patti parasociali in presenza di un'OPA totalitaria non è senza confini*, in *Riv. Soc.*, 2021, 1237 ss.

⁶¹ P. FIORIO, *I patti parasociali*, cit., 88 ss.

⁶² Il tema è istituzionale, sicché, ove non specificamente necessario, si omette di proposito qualsiasi riferimento bibliografico che si rivelerebbe incompleto.

⁶³ O dal principio ad esso sotteso che si è tentato di illustrare.

La distinzione dogmatica e astratta tra gli istituti sembrerebbe, in effetti, possibile, ma ad una più “attuale” e concreta valutazione, le differenze potrebbero sfumare e, in ogni caso, non sembra condivisibile la tesi di chi ritiene, sul piano contrattuale, di distinguere i relativi apparati rimediali, limitando quelli c.d. “reali” soltanto all’abuso del diritto⁶⁴. Infatti, da un lato, l’evoluzione giurisprudenziale, come dimostrano, ad esempio, le note pronunce in tema di integrazione del contenuto del contratto nei casi di rifiuto di rinegoziazione⁶⁵ o di invalidazione di delibere assembleari adottate con il voto esercitato dalla maggioranza in violazione dei doveri di buona fede e correttezza nel contratto sociale⁶⁶, evidenziano la possibile efficacia “reale” dei rimedi posti a presidio anche della clausola di buona fede e correttezza. Dall’altro, l’ormai preminente rilievo assunto, nella ricostruzione della volontà delle parti, dalla nozione di operazione economica, sembra imporre l’individuazione di rimedi idonei al rispetto della causa in concreto del negozio stipulato dalle parti⁶⁷.

Cionondimeno la distinzione rimane importante per cogliere, lato sostanziale, le diverse sfaccettature del fenomeno, potendosi sostenere che buona fede e abuso del diritto rappresentino facce della stessa medaglia o, in ogni caso, in una loro interpretazione dinamica, che siano corollari del medesimo fondamento dogmatico, individuato, secondo parte degli interpreti, nella clausola di correttezza⁶⁸ o, meglio, di meritevolezza (arg. ex art. 1322 c.c.)⁶⁹.

⁶⁴ V. sul punto U. BRECCIA, *L’abuso del diritto*, in *L’abuso del diritto, I quaderni di Diritto privato 1997*, a cura di M. Furgiuele, III, Padova, 1998, 30 ss.

⁶⁵ Come avvenuto in talune circostanze nel corso della nota emergenza pandemica (v. per esempio, seppur temporaneamente, la nota pronuncia di Trib. Roma, 29 maggio 2020, n. 1879 e 27 agosto 2020, n. 29683 che fa riferimento alla c.d. buona fede “integrativa”) che, come noto, ha determinato un fitto dibattito i cui riferimenti bibliografici anche in tal caso si omettono necessariamente in questa sede.

⁶⁶ V., tra molte, la nota Cass. 11 giugno 2003, n. 9353.

⁶⁷ Sul tema, v., ampiamente, per l’impiego della nozione di operazione economica in chiave classificatoria: E. GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, Milano, 2013, *passim* e *ivi* *riff.*

⁶⁸ G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, cit., 285; ma, *contra* G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 636 ss.

⁶⁹ Così G. MERUZZI, *L’exceptio doli. Dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, 288 e 357 nel senso che, mediante tali strumenti il giudice svolge, nella sua funzione integrativa e correttiva, la medesima attività di controllo della funzione economico-sociale già effettuata, a monte, in sede di conclusione, dal legislatore con l’art. 1322 c.c.

Di qui la possibilità/necessità di scrutinare la scelta del pattista di non adempiere al patto da entrambe le prospettive, senza che ciò, però, determini un differente apparato rimediale.

Si tratta, in effetti, di strumenti ritenuti idonei a legittimare il controllo sugli atti privati o per tutelare il principio dell'affidamento⁷⁰. In particolare, si è sottolineato come l'abuso del diritto⁷¹ rappresenti lo strumento per controllare la discrezionalità insita nell'esercizio delle prerogative private e, più precisamente, delle libertà⁷². Con la conseguenza che il suo «naturale campo d'azione» è non tanto il contratto in sé, ma proprio gli atti unilaterali e, segnatamente, i diritti potestativi, «rispetto ai quali si pone quale strumento di garanzia del normale utilizzo», subordinato ad un controllo di congruità e meritevolezza⁷³ nel senso che il concreto esercizio del diritto sia limitato al perseguimento dell'interesse tutelato con la sua attribuzione. In altre parole, l'istituto dell'abuso del diritto rappresenta un criterio di ottimizzazione delle relazioni giuridiche, non mezzo di eversione del diritto positivo, ma di «salvaguardia dei valori e degli affidamenti ad esso connaturati»⁷⁴. In questa sua funzione, si è sostenuto, l'abuso del diritto giustifica sistematicamente la funzione correttiva della buona fede oggettiva, aspetto che rende, quindi, tali die istituti – come detto – sostanzialmente sovrapponibili, sul piano dei rimedi, nel diritto delle obbligazioni⁷⁵.

⁷⁰ Per una sintesi del quadro degli orientamenti v. G. MERUZZI, *L'Exceptio doli*, 348 ss.

⁷¹ Istituto ormai accolto anche in ambito comunitario con l'evoluzione segnata, dapprima, dalle note sentenze *Pafitis* (CGCE, 12 marzo 1996, causa C-441/93), *Kefalas* (CGCE, 12 maggio 1998, C - 367/96) e *Diamantis* (CGCE, 23 marzo 2000, causa C - 373/97), poi, dalle altrettanto note pronunce *Centros* (CGCE, 9 marzo 1999, causa C-212/97), *Übersering* (CGCE, 5 novembre 2002, causa C-208/00), *Inspire Act* (CGCE, 30 settembre 2003, causa C-167/01), . V. già le riflessioni di M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 151. Più in generale esso mira al controllo che il concreto esercizio del diritto sia limitato al perseguimento dell'interesse tutelato con la sua attribuzione, rinvenendosi negli artt. 833, 840, comma 2 e 844 e 1438 c.c. i tipici indici normativi dell'immanenza di esso nel sistema il cui fondamento è stato ritenuto rinvenibile nell'art. 3 Cost., che imporrebbe di garantire parità di trattamento tra le ipotesi di abuso codificate e quelle che, pur socialmente tipizzate, non lo sono ancora state (sintetizza, così, la tesi in questione G. MERUZZI, *L'Exceptio doli*, cit., 349 - 350 - 352 e ivi riff.).

⁷² P. Rescigno, *L'Abuso del diritto*, cit., 21. Così anche C. M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 214.

⁷³ Sintetizza, così, la tesi in questione G. MERUZZI, *L'Exceptio doli*, cit., 349 - 350 - 352 e ivi riff.

⁷⁴ G. MERUZZI, *L'Exceptio doli*, cit., 360.

⁷⁵ Ancora G. MERUZZI, *L'Exceptio doli*, cit., 358.

Di qui, come si vedrà subito, superata anche la concezione etica dell'abuso del diritto, un necessario minor rilievo, sul piano della ricostruzione della fattispecie, salvo ove questo sia espressamente richiesto, del c.d. *animus nocendi* ed una maggior valorizzazione della dimensione oggettiva⁷⁶. Ciò, in particolare, proprio nel diritto commerciale, ove la giurisprudenza è solita affermare che la condotta dei soci - ad esempio nei casi impugnazioni "abusive" - debba essere ricostruita in chiave oggettiva⁷⁷.

Per questa via, sembra dunque condivisibile la più recente teoria giuscommerciale⁷⁸, per cui il presupposto imprescindibile di legittimità di un'operazione, idoneo a segnare i confini con l'abuso del diritto nel diritto commerciale, consisterebbe nel perseguimento del criterio della c.d. "ragionevolezza economica" o "*business purpose*", secondo «normali logiche di mercato»⁷⁹. Conseguentemente, laddove una tale ragionevolezza, intesa quale condivisibile scelta alla luce di un determinato quadro economico normativo di riferimento⁸⁰, difetti, la fattispecie potrebbe integrare il presupposto dell'abuso e, quindi, essere sindacabile. Ciò anche ove (e soprattutto), l'atto unilaterale (*recte*, il diritto potestativo) da scrutinare sia esercitabile *ad nutum* (quale è, appunto, ai nostri fini il diritto del socio di riappropriarsi del voto, secondo l'interpretazione sistematica ed estensiva proposta dell'art. 2372 c.c.), scrutinio ormai pacificamente possibile, quantomeno⁸¹ dal noto caso "Renault" in avanti⁸².

Pertanto - e venendo così alla questione che ci occupa - alla luce di quanto precede, sembrerebbe potersi affermare che l'agire imprenditoriale

⁷⁶ Così, condivisibilmente, sempre G. MERUZZI, *L'Exceptio doli*, cit., 362.

⁷⁷ V., tra altre, Cass., 11 dicembre 2000, n. 15592.

⁷⁸ P. MONTALENTI, *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 874 ss.

⁷⁹ Sembra così declinare la ragionevolezza economica, alla luce di una approfondita indagine sistematica, P. MONTALENTI, *op.cit.*, 892.

⁸⁰ V. sulla nozione di ragionevolezza, in questi termini, N. LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, VI, 1427 ss.

⁸¹ Sul tema v. tra altri, M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2014, p. 467-498 G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, I, 2010, p. 15 ss.; F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corriere giuridico*, XII, 2009, p. 1577 ss. e già S. ROMANO, voce "Abuso del diritto", in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 166 ss.

⁸² Ove si è deciso di verificare che il recesso fosse effettivamente *ad nutum* e non *ad libitum* (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, pubblicata, tra altre riviste, su *I contratti*, 2010, 5 ss., *Foro it.*, I, 2010, 85, *Obbl. e Contr.*, 4, 2012, p. 245 ss., in *Giur. comm.*, II, 2010, 834, in *Riv. dir. civ.*, II, 2010, 147 ss.).

e, con una prospettiva sostanzialistica, quello dei soci sul piano, appunto, "organizzativo" e "sociale", possa legittimare il diritto potestativo del socio di votare in maniera difforme dal sindacato di voto solo se esercitato in ottica di ragionevolezza economica e, quindi, se rispondente:

- (i) all'interesse sociale, pur nella complessità della relativa definizione⁸³;
- (ii) o, quantomeno, ad un proprio interesse, in linea con quello sotteso al diritto di voto e non contrario a quello sociale (arg. ex art. 2373 c.c.).

Ove, invece, la decisione di non adempiere al sindacato di voto non rispondesse a questa ragionevolezza, tale decisione potrebbe, quindi, integrare gli estremi dell'abuso del diritto nei termini illustrati.

4.2.2 L'apparato rimediabile: dal *Verwirkung* all' "*exceptio doli smart contract*".

Ciò appurato, occorre verificare quale possa essere il rimedio derivante dall'accertamento di un'abusiva decisione di non adempiere ad un patto parasociale.

È, anzitutto, noto che la violazione del divieto di abuso del diritto determini, in primo luogo, pretese risarcitorie. Tuttavia, questo rimedio, considerate le conseguenze, sul piano societario, di tale abuso, potrebbe ovviamente rivelarsi insoddisfacente. Sicché occorre domandarsi se, in questa materia, l'abuso del diritto e/o la violazione della buona fede, nei termini sopra descritti, possano determinare anche l'applicazione di rimedi cc. dd. "reali" o "in forma specifica", quali anzitutto l'inefficacia (nel nostro caso della "revoca" ex art. 2372, comma 3 c.c., ovvero sia del diritto potestativo di "riappropriazione" del diritto di voto da parte del socio).

In chiave teleologica, razionale e di coerenza sistematica sembra doversi condividere, in primo luogo, la tesi che ammette che l'ordinamento, al di là di sanzionare le conseguenze patrimoniali negative determinate dal comportamento abusivo, privi il soggetto che ha agito abusando di determinate prerogative delle tutele e degli effetti che l'ordinamento riconosce a chi le esercita, invece, legittimamente⁸⁴. Ed anzi, sembra da condividersi pure l'orientamento che, fondato su alcuni indici normativi,

⁸³ In questa sede, gli obiettivi principali del presente lavoro in uno con la sintesi richiesta dal genere letterario del *paper*, non consente di approfondire il tema dell'interesse sociale per quanto ovviamente essenziale sul piano dell'indagine in concreto. Conseguentemente si omettono anche i riferimenti alla copiosa letteratura in materia.

⁸⁴ SALV. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., 169.

tra cui, la *fictio* dettata dall'art. 1359 c.c., releghi la tutela risarcitoria ad una conseguenza residuale o complementare⁸⁵, dovendosi anzitutto impedire che la fattispecie abusiva produca gli effetti immeritevoli di tutela. Ne sono esempi, l'inopponibilità o l'inefficacia dell'atto abusivo⁸⁶, l'ultrattività della situazione lesa dal diritto, la sostituzione di clausole, l'invalidazione delle delibere e l'esclusione del socio, come talvolta stabilito in materia societaria⁸⁷.

Tra queste forme di reazione dell'ordinamento, come sostenuto da autorevole dottrina, sembra, in effetti, che l'inefficacia meglio rispecchi l'essenza della repressione dell'abuso, poiché consente di privare proprio quegli effetti ricollegati alla prerogativa esercitata illegittimamente⁸⁸. Inefficacia il cui ingresso nell'apparato rimediale è garantito, salvo i casi espressamente previsti, dal generale rimedio, di origine romanistica, della *exceptio doli* che, nella sua funzione di disapplicazione delle norme che hanno consentito l'esercizio illegittimo di un diritto, secondo ormai l'orientamento prevalente, può ritenersi uno strumento di regolazione dell'intero sistema⁸⁹. Al di là delle diverse fattispecie, si ritiene che esso sia "azionabile" nei confronti di un comportamento abusivo del creditore che: (i) abbia taciuto (fraudolentemente⁹⁰) una sopravvenuta vicenda estintiva o modificativa del debito⁹¹ e/o (ii) abbia esercitato un proprio diritto in maniera "controfunzionale" (ovverosia col fine di realizzare uno scopo

⁸⁵ G. MERUZZI, *L'Exceptio doli*, cit., 367.

⁸⁶ V., in materia, di concessione abusiva del credito con riguardo al fideiussore, ad esempio, Cass., 1 ottobre 1998, n. 9758.

⁸⁷ V., tra altre, quanto all'invalidità delle delibere, Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151 Cass., 6 giugno 2002, n. 8251.

⁸⁸ Così anche F.D. BUSNELLI – E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., che ravvisano proprio nell'inefficacia, eventualmente, come si vedrà oltre, intermediata dalla *exceptio doli*, il rimedio tipico nei casi di violazione del divieto di abuso del diritto in ambito contrattuale.

⁸⁹ Anche su questo tema la letteratura è copiosa, sicché ogni riferimento sarebbe incompleto. Di seguito si citeranno pertanto solo i lavori le cui argomentazioni parrebbero di un certo rilievo per le tesi qui sostenute. Quanto al profilo definitorio è d'obbligo in ogni caso il riferimento a G.L. PELLIZZI, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1074 ss. e a G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, cit., 639.

⁹⁰ Così, recentemente, Cass., 22 novembre 2019, n. 30509 e già Cass., 3 febbraio 1999, n. 917. Osserva, invero, G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 21 che l'eccezione di dolo sarebbe uno strumento «adatto anche a neutralizzare un "uso oggettivamente anormale del diritto", a prescindere da ogni indagine sugli stati soggettivi». Sulla necessità o meno di una lettura soggettiva o oggettiva si è già sopra detto e si tornerà oltre.

⁹¹ V., ad esempio, Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947.

diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento se non di arrecare un pregiudizio ad altri⁹²) o ledendo il legittimo ed incolpevole affidamento altrui.

L'effetto è notoriamente quello di paralizzare l'iniziativa del creditore. Sul punto, anche onde evidenziarne il possibile rilievo non solo processuale, ma anche sostanziale, non sembra peregrino considerare la sua massima estensione nel diritto sostanziale, rappresentata dall'istituto del *Verwirkung*, recentemente recepito in via giurisprudenziale dalla nostra Corte di cassazione⁹³, per il quale l'inattività nel far valere un diritto potrebbe persino determinarne l'estinzione alla ricorrenza di circostanze idonee a determinare, nel debitore, un affidamento meritevole di tutela in base al principio di buona fede. La dimensione sostanziale dell'istituto parrebbe, in effetti, confermare *a fortiori* l'idoneità sostanziale (e stragiudiziale) dell'*exceptio doli*⁹⁴ limitata anche solo alla inefficacia della pretesa creditoria e, quindi, a paralizzare un'iniziativa intrapresa in violazione del divieto dell'abuso del diritto o, in ogni caso, del dovere di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto alla luce del medesimo fondamento di questi due istituti sopra illustrato.

Di conseguenza, la decisione del socio di non adempiere al sindacato di voto non solo dovrebbe essere preceduta da un congruo preavviso (*scrutinio sulle modalità alla stregua della buona fede e correttezza*) ma dovrebbe essere sorretta da ragionevolezza economica, nel senso sopra illustrato (*scrutinio in punto abuso del diritto*)⁹⁵. In caso contrario l'iniziativa potrebbe essere paralizzata attraverso l'*exceptio doli*.

In tali casi gli eventuali rimedi "reali" contrattuali non sarebbero quindi disinnescati dalla predetta decisione del socio e potrebbero esperirsi

⁹² Così, tra altre, Cass., 31 luglio 2015, n. 16213, Cass., 12 settembre 2012, n. 15216.

⁹³ V., in particolare, Cass., 14 giugno 2021, in *Danno e resp.*, 2022, 97 ss. La possibilità di recepire tale teoria nel nostro ordinamento è sempre stata fonte di un acceso dibattito. V. sul tema, per tutti, F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971, *passim* e, più di recente, la sintesi di S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020, *passim*.

⁹⁴ Sulla dimensione sostanziale dell'*exceptio doli* (persino rilevabile d'ufficio) v. G. MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., 452 ss. e sepc. 461 e ivi riff. L'Autore, tuttavia, distingue concettualmente buona fede, abuso del diritto ed *exceptio doli*, ricavandone nozioni autonome pur accomunate dallo stesso fondamento.

⁹⁵ Potendosi al più sostenere un'inversione dell'onere probatorio, nel senso che l'esercizio del diritto potestativo in questione, in quanto *ad nutum*, potrebbe presumersi legittimo, salva prova contraria. Così a proposito della sindacabilità del recesso *ad nutum* (F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, II, 2011, 311 ss.).

anche rimedi processuali anche cautelari volti ad assicurare l'adempimento del patto anche "realmente"⁹⁶.

5. *Smart contract parasociale: validità ed ipotesi di prototipazione*

5.1 *Le possibili ipotesi di progettazione giuridica*

Tanto premesso - e prescindendo da numerosi altri profili problematici della questione (quali, ad esempio, la forma, l'identificazione dei soci e via discorrendo), pur rilevanti, ma non oggetto dello specifico obiettivo del presente lavoro focalizzato sull'efficacia "reale" dello *smart contract* - sembra ora possibile tracciare qualche conclusione con riguardo ad un possibile sindacato di voto *smart contract*.

1) Anzitutto, ove non si condividesse la soluzione qui proposta che ravvisa la validità in ogni caso dei patti parasociali, il patto parasociale andrebbe costruito *ab origine* con una funzione che permetta al socio di non adempiere, ovvero:

(i) mediante un algoritmo, se del caso un codice c.d. "kill"⁹⁷, che sin da subito, in caso di intenzione del socio di non adempiere al patto, biforchi l'esecuzione dello *smart contract* ed impedisca che, per quello specifico socio e per quella specifica assemblea, l'eventuale voto già espresso con il sindacato e trascritto sulla *blockchain* possa concorrere alla formazione della volontà sociale e quindi alla votazione assembleare nella progettata DAO ad esso integrata (ove fosse questa la soluzione "strutturale" prescelta), finendo su un binario informatico "morto". In questo caso, occorrerebbe ipotizzare una ulteriore funzionalità, nella scrittura del codice, attraverso la quale, nel caso di *exceptio doli* sollevata dagli altri pattisti avverso tale decisione del socio, consentire a questi ultimi o, in caso di contenzioso, all'autorità giudiziaria (*recte*, ad un suo ausiliario, appositamente nominato)

⁹⁶ Si prescinde in questa sede dall'esame della s.r.l., ma, sin d'ora, occorre rilevare che, come già detto, i meccanismi decisionali deformalizzati tipici di questa società potrebbero consentire una maggiore utilizzabilità degli *smart contract* parasociali, potendosi in ogni caso sostenere le tesi sopra proposte e quindi ipotizzare l'esistenza del principio generale sotteso all'art. 2372 stante la medesima *ratio* sottostante (sebbene, invero, si sia giunti ad escludere, senza però pronunciarsi sul tema che ci occupa, l'art. 2372 c.c. alle assemblee di s.r.l.: Consiglio notarile di Milano, Massima n. 63, 22 novembre 2005).

⁹⁷ Potrebbe essere una variante della funzione di "autodistruzione" che, però, elimina tutto il contratto. Sono già state ipotizzate infatti varianti di questa funzione come le cc.dd. "callcode" ed "enum" (v. A. JUELS, B. MARINO, *Setting Standards for Altering and Undoing Smart Contracts*, in *Rule Technologies. Research, Tools and Applications - Proceedings of the 10th International Symposium RuleML2016* a cura di J.J. Alferes, Springer, Cham, 2016, 151 ss.

di intervenire, ad esempio, ex artt. 700 c.p.c., sulla *blockchain* in modo da bloccare, mediante apposito codice, che si potrebbe chiamare “*resurrection*”, specularmente a quello “*kill*”, l’intenzione del socio di non adempiere al patto, rimettendo, così, il voto esercitato sul “binario” principale per formare la volontà assembleare ed essere quindi conteggiato dal presidente dell’assemblea;

(ii) oppure, in alternativa alla precedente ipotesi *sub (i)*, ipotizzare la creazione, nel codice dello *smart contract*, di una specifica funzione c.d. “*override*” attivabile da un terzo soggetto autorizzato (talvolta chiamato, in senso ovviamente non giurisdizionale “*giudice*”) che avrà la capacità – alla stregua di un “oracolo”⁹⁸ - di sospendere i voti se necessario (dovendosi accuratamente contrattualizzare però i limiti del suo intervento, potendo questi essere, ad esempio, un arbitro o un arbitratore dotato *ab origine* dei codici di accesso alla *blockchain*);

(iii) fermo in ogni caso un meccanismo di impugnazione della delibera (su cui v. subito al punto che segue) nell’ipotesi di impossibilità di bloccare il voto in caso di esercizio legittimo del diritto protestavo in esame.

2) Ove, invece, si condividesse la tesi qui sostenuta per cui, sulla base del combinato degli artt. 2372 e 2377 c.c., sarebbero legittimi i meccanismi parasociali “reali”, potrebbe non essere necessario, in via genetica, costruire il patto sin da subito con un codice “*kill*”, poiché esso sarebbe valido ugualmente. Tuttavia, alcune riflessioni si impongono con riguardo alle modalità con cui far valere il predetto diritto potestativo del socio di votare difformemente. Senza, anche qui, ovviamente, alcuna pretesa di esaustività, essendo la ricerca ampiamente aperta, due parrebbero, allo stato, le soluzioni ipotizzabili, stante l’immodificabilità della *blockchain*:

(i) consentire solo un rimedio *ex post* di impugnazione della delibera, poiché assunta sulla base di un voto inefficace ove il diritto potestativo sia stato esercitato legittimamente e previa notifica tempestiva della relativa intenzione agli altri soci; e/o

(ii) ipotizzare, sulla base del medesimo ragionamento giuridico, un rimedio anche preventivo, ad esempio, cautelare ex art. 700 c.p.c.

Il primo rimedio non genera troppe difficoltà, salva la necessità di ipotizzare un codice idoneo a trascrivere sulla *blockchain* l’invalidità (dichiarata con sentenza) di quella delibera ove la società le registrasse su

⁹⁸ Sulla cui nozione v. sopra.

blockchain. Sul piano giuridico fattuale gli amministratori non potranno in ogni caso eseguire quella delibera ex art. 2377 c.c. e ciò nemmeno se, in un avveniristico scenario, questi ultimi fossero essi stessi algoritmi o IA pura: in tal caso si potrebbe ipotizzare la creazione di uno *smart contract* su *blockchain* di segno contrario alla delibera (una c.d. “*transazione inversa*”⁹⁹), trascritto, se del caso da un ausiliario dell’ autorità giudiziaria, ex art. 612 c.p.c. o, in caso di sospensiva, ex art. 2378 c.c. Il secondo rimedio è più complesso poiché sembra richiedere un necessario intervento su *blockchain*. A tal proposito o il patto contiene *ab origine* la regola sopra illustrata al punto 1) dei due codici “*kill*” e “*resurrection*” oppure dovrebbe ipotizzarsi che tali codici possano comunque essere trascritti, in via cautelare ex art. 700 e 669-duodecies c.p.c. per ordine dell’ autorità giudiziaria, a mezzo di un ausiliario *ad hoc*, sulla *blockchain*, se del caso facendo sempre riferimento alla possibile menzionata tecnica della c.d. “*transazione inversa*” per bloccarne anche l’ esecuzione ove anche questa fosse automatica.

5.2 Un’ ipotesi di prototipazione

Ciò considerato, si potrebbe tentare di raffigurare una possibile ipotesi di struttura di sindacato di voto *smart contract*, nella sua versione prudenziale¹⁰⁰, così limitando il rischio di nullità ove non si seguisse la tesi sopra sostenuta. In primo luogo, occorre individuare una piattaforma idonea a garantire al tempo stesso trasparenza sui titolari dei diritti di voto, ma anche protezione. A tal proposito sembra possibile ipotizzare l’ impiego di una *Blockchain permissioned* o di una *private permissionless*¹⁰¹. Nel caso di società, accorrebbe valutare, specie ove si intenda integrare lo *smart contract parasociale* o, meglio, la sua esecuzione con la DAO su cui opererebbe l’ assemblea (se non addirittura la società, se mai ciò fosse possibile¹⁰²) procedere con la tokenizzazione delle azioni/quote, il

⁹⁹ Su cui v., ad esempio, A. STAZI, *op.cit.*, 144 ss.

¹⁰⁰ Ovverosia contenente, già *ab origine*, una possibilità di disinnescare il meccanismo “reale”, pur ancora in questa sede in una versione embrionale (e quindi senza ancora uno sviluppo dei codici “*kill*” e “*resurrection*” sopra illustrati).

¹⁰¹ In questo modo, in sostanza, vi è la possibilità di una limitazione alla partecipazione all’ esecuzione del contratto, ovverosia alle parti contrattuali. In ulteriore alternativa si potrebbe realizzare una realtà digitale c.d. “*self sovereign*”, attraverso l’ utilizzo di una piattaforma *blockchain* esclusivamente finalizzata alla realizzazione di identità digitali uniche e gestite direttamente dall’ utente cui si riferiscono.

¹⁰² V. riferimenti in apertura alle ancora poche normative che permettono la costituzione di società integralmente su *blockchain*.

consentirebbe anche l'identificazione dei pattisti secondo la procedura sistema KYC-AML, peraltro già impiegato, ma solo al fine di identificazione dei soci, dalla società spagnola Iberdrola¹⁰³.

Ciò stabilito e scelta, quindi, anche la struttura, occorre individuare le diverse funzioni¹⁰⁴: “Constructor (constructor)”¹⁰⁵, “Cambia Giudice (cambiaGiudice)”¹⁰⁶, Autorizza Operatore (autorizzaOperatore)¹⁰⁷, Imposta Stato Accordo (impostaStatoAccordo)¹⁰⁸, Registra Membro (registraMembro)¹⁰⁹, Vota (vota)¹¹⁰, Sospendi Voto (sospendiVoto)¹¹¹, Riprendi Voto (riprendiVoto)¹¹².

¹⁰³ A. LAFARRE, C. VAN DER ELST, *The Viability of Blockchain in Corporate Governance*, 2023, reperibile su: <https://ssrn.com/abstract=4483621>

¹⁰⁴ Sul punto il codice proposto è stato elaborato con il CEO della società informatica Swiss Crowd SA, Paolo Siligoni.

¹⁰⁵ Parametri: *address _giudice*. Questa funzione viene eseguita una sola volta all'atto della creazione (*deploy*) del contratto sulla *blockchain*; imposta l'indirizzo del giudice (ovverosia, come sopra precisato, non l'autorità giudiziaria, ma il menzionato possibile terzo, eventualmente “oracolo”) e autorizza questo indirizzo come operatore del contratto. Esempio: *constructor(address _giudice) {...}*

¹⁰⁶ Parametri: *address _nuovoGiudice*. Consente al giudice attuale di delegare il suo ruolo a un altro indirizzo; questo cambia l'indirizzo autorizzato a eseguire azioni che richiedono il permesso del giudice. Modificatore: *soloGiudice*. Assicura che solo l'attuale giudice possa eseguire questa funzione. Esempio: *function cambiaGiudice(address _nuovoGiudice) public soloGiudice {...}*

¹⁰⁷ Parametri: *address _operatore*. Aggiunge un nuovo operatore alla lista degli operatori autorizzati. Gli operatori autorizzati possono gestire aspetti specifici del contratto. Modificatore: *soloGiudice*. Limita questa azione al giudice. Esempio: *function autorizzaOperatore(address _operatore) public soloGiudice {...}*

¹⁰⁸ Parametri: *uint _tipoAccordo*, *bool _stato*. Abilita o disabilita un tipo specifico di accordo parasociale. Questo può influenzare come i membri interagiscono con il contratto in base agli accordi attivi. Modificatore: *soloAutorizzati*. Assicura che solo un operatore autorizzato possa eseguire questa funzione. Esempio: *function impostaStatoAccordo(uint _tipoAccordo, bool _stato) public soloAutorizzati {...}*

¹⁰⁹ Parametri: *address _membro*, *uint256 _tipiAccordo*. Registra un nuovo membro nel contratto, specificando quali accordi parasociali ha sottoscritto. Questo determina come il membro può votare o partecipare al contratto. Modificatore: *soloAutorizzati*. Limita questa azione agli operatori autorizzati. Esempio: *function registraMembro(address _membro, uint256 _tipiAccordo) public soloAutorizzati {...}*

¹¹⁰ Parametri: *uint256 _voto*. Permette ai membri registrati di esprimere il loro voto. Il voto è controllato in base ai tipi di accordo attivi e se il voto è attualmente sospeso. Esempio: *function vota(uint256 _voto) public {...}*.

¹¹¹ Sospende il processo di voto. Questo può essere utilizzato in situazioni eccezionali per intervenire nel processo di votazione. Modificatore: *soloGiudice*. Così solo il “giudice” può sospendere il voto. Esempio: *function sospendiVoto() public soloGiudice {...}*

¹¹² Ripristina il processo di voto dopo una sospensione. Modificatore: *soloGiudice*. Così, anche in tal caso, solo il “giudice” può riprendere il voto. Esempio: *function riprendiVoto() public soloGiudice {...}*

Sulla base delle predette funzioni, il codice (si ribadisce, embrionale) dello *smart contract* parasociale ipotizzato potrebbe essere il seguente:

```
pragma solidity ^0.8.8;

// Contratto per la Gestione degli Accordi Parasociali
contract GestioneAccordiParasociali {
    struct Membro {
        bool staVotando;
        uint256 voto;
        mapping(uint => bool) accordi;
    }

    enum TipoAccordo { SindacatoVoto, SindacatoBlocco, AccordoFinanziamento, GaranziaUtili,
    DirezioneGestione, TrasferimentoQuote }

    mapping(address => Membro) public membri;
    address public giudice;
    bool public votoSospeso;
    mapping(uint => bool) public accordiAttivi;
    mapping(address => bool) public operatoriAutorizzati;

    event VotoEffettuato(address indexed membro, uint256 voto);
    event AccordoModificato(uint indexed tipoAccordo, bool stato);
    event MembroRegistrato(address indexed membro);
    event OperatoreAutorizzato(address indexed operatore);
    event GiudiceModificato(address indexed nuovoGiudice);
    event VotoSospeso();
    event VotoRipreso();

    modifier soloGiudice() {
        require(msg.sender == giudice, "Solo il giudice può eseguire questa azione");
        _;
    }

    modifier soloAutorizzati() {
        require(operatoriAutorizzati[msg.sender], "Non un operatore autorizzato");
        _;
    }

    constructor(address _giudice) {
        giudice = _giudice;
        operatoriAutorizzati[_giudice] = true;
        votoSospeso = false;
    }

    function cambiaGiudice(address _nuovoGiudice) public soloGiudice {
        giudice = _nuovoGiudice;
        operatoriAutorizzati[_nuovoGiudice] = true;
        emit GiudiceModificato(_nuovoGiudice);
    }

    // Altre funzioni a definizione di eventuali altre logiche di approvazione ...
    // ...
}
```

6. Alcune (prime) conclusioni

Alla luce di quanto precede è parso possibile sostenere la validità dei patti parasociali ad efficacia c.d. “reale” in considerazione di una interpretazione logica, sistematica, teleologica ed evolutiva delle norme e degli strumenti esistenti. Ciò, però, nei limiti della libertà del socio, la quale parrebbe consacrata da una norma di rilievo sistematico (l’art. 2372, comma 3 c.c.), indice dell’esistenza di un principio generale di libertà del diritto di voto del socio, che attribuisce a quest’ultimo un diritto potestativo di svincolarsi da vincoli contrattuali idonei a limitarlo. Diritto, questo, in ogni caso sindacabile in virtù dei principi di buona fede e correttezza e, segnatamente, paralizzabile attraverso lo strumento della c.d. *exceptio doli*, ove il suo esercizio fosse mosso da ragioni diverse dal c.d. *business purpose* e/o con modalità contraria al dovere di buona fede e correttezza.

Tali argomentazioni sembrerebbero consentire, quindi, di sostenere anche la validità di sindacati di voto *smart contract*, massima espressione tecnologica dell’automazione e, quindi, della efficacia “reale” dei contratti, pur con gli accorgimenti e le necessarie tutele sopra ipotizzate in chiave *de iure condito*, tenuto conto di alcune proposte tecniche ipotizzate.

Come si è, d’altronde, detto, il problema non è «quello della astratta applicabilità delle discipline esistenti ma piuttosto quello della ragionevolezza nel pensare di continuare ad applicare discipline pensate per alcuni contesti a scenari significativamente mutati»¹¹³. In attesa di una più analitica regolamentazione, è pertanto necessario che il giurista partecipi alla c.d. *self regulation* delle DLT e degli *smart contracts*, lavorando accanto ai tecnici»¹¹⁴.

Ciò - conclusivamente - col dichiarato fine di esaminare, studiare per poi governare il fenomeno, posto che l’alba (ed il rischio?) di un’era della *Rule of code*¹¹⁵ è alle porte e, a sommosso avviso di chi scrive, spetta, anzitutto, al giurista ricondurre qualsivoglia evento (per quanto prorompente) al controllo umano e, quindi, al sistema della *Rule of law*.

¹¹³ M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., 65.

¹¹⁴ M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., 92 - 93.

¹¹⁵ V., a titolo esemplificativo, le opinioni illustrate in A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: «Smart» Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, National Research Univ. Higher Sch. Of Econ., Working Paper n. BRP 71/Law/2016, 21. La tesi si fonda sulla già citata idea di Lessing del *Code is Law*.