

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Il conflitto di interessi dell'amministratore di s.p.a. nell'elaborazione di dottrina e giurisprudenza

Valeria Panzironi

Agosto 2003

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

SOMMARIO: 1.- Il conflitto di interessi dell'amministratore di s.p.a.: a) l'individuazione della fattispecie; 2. - b) l'obbligo di comunicazione e l'obbligo di astensione dal voto; 3. - c) l'inosservanza degli obblighi prescritti: responsabilità dell'amministratore e impugnabilità delle deliberazioni; 4.- d) cenni al caso del gruppo societario; 5. - e) l'amministratore unico e l'amministratore delegato; 6. - f) annullabilità degli atti posti in essere in conflitto di interessi ed opponibilità ai terzi: il nuovo regime imposto dagli artt.2384 cod. civ. e ss., in attuazione della prima direttiva comunitaria

1.- Il conflitto di interessi dell'amministratore di s.p.a.: a) l'individuazione della fattispecie;

Ai sensi dell'art.2391 cod. civ. "l'amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa. In caso di inosservanza, l'amministratore risponde delle perdite che siano derivate alla società dal compimento dell'operazione. La stessa deliberazione del consiglio, qualora possa recare danno alla società, può, entro tre mesi dalla sua data, essere impugnata dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci, se, senza il voto dell'amministratore che doveva astenersi, non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione".

Per la corretta comprensione della disciplina sarà bene analizzare la fattispecie distinguendo, così come del resto fa la norma, due momenti: quello che precede la decisione dell'amministratore in conflitto e quello che segue l'assunzione della deliberazione cui abbia preso parte l'amministratore in conflitto di interessi.

Il legislatore, come si è detto, nella prima parte dell'art.2391 detta una regola di procedura, là dove prescrive che l'amministratore che versi in conflitto di interessi deve *darne comunicazione agli amministratori e al collegio sindacale e deve astenersi dal partecipare alla deliberazione*. La disciplina esplicita una regola generale che risponde al criterio della diligenza, in virtù della quale appunto chi si trova a gestire fiduciarmente un interesse altrui, qualora versi in conflitto di

interessi con riferimento ad una data operazione, deve astenersi dal compierla e darne immediata comunicazione al fiduciante rimettendo a lui la decisione. L'assenza di trasparenza, infatti, costituisce violazione del principio di diligenza da parte del fiduciario e lo espone a rispondere dei danni eventualmente cagionati.

La *ratio* della regola dettata dal primo comma dell'art.2391 è dunque quella di prevenire il compimento di atti in conflitto di interessi da parte degli amministratori che possano causare danni alla società.

Chiarita la *ratio* è opportuno ora prestare attenzione alla fattispecie, per individuare cioè al ricorrere di quali circostanze l'amministratore versi in concreto in conflitto di interessi e sia tenuto dunque a rispettare la regola di procedura indicata.

L'articolo fa riferimento testualmente al caso dell'amministratore che in una determinata operazione ha per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società.

In primo luogo va chiarito che cosa si intende per *situazione di conflitto*. La nozione comunemente accettata è quella dell'amministratore, cui istituzionalmente è rimessa la cura dell'interesse della società, che si trova ad essere contemporaneamente portatore di un altro interesse la cui soddisfazione non può avvenire senza il sacrificio di quello sociale. Il caso tipico, generalmente portato per esemplificare la situazione, è quello dell'acquisto da parte della società di un immobile di proprietà di uno degli amministratori; è evidente che l'interesse della società acquirente e quello dell'amministratore alienante sono in questo caso contrapposti, la società avendo interesse ad acquistare al minor prezzo possibile e l'amministratore a vendere al prezzo più alto possibile. L'amministratore nel momento che precede la decisione è chiaramente in conflitto, poiché non può agire senza sacrificare uno dei due interessi rimessi alla sua cura (1). Egli non può agire "liberamente", vi è il *pericolo*

(1) Mi sembra che anche in questo caso, come in quello del socio, non rilevi, ai fini dell'applicazione della disciplina del conflitto di interesse dell'amministratore, l'individuazione di quale tipo di concezione di interesse sociale si segua, se quella istituzionale o quella contrattuale, rilevando soltanto la massimizzazione dell'interesse della società. Nell'esempio fatto dell'acquisto da parte della società dell'immobile dell'amministratore è chiaro che l'interesse della società è di acquistare al prezzo più basso possibile, indipendentemente dalla teoria dell'interesse sociale che si intende seguire.

che non assuma la decisione nell'esclusivo interesse della società. La situazione di conflitto è dunque situazione di pericolo, che si presenta nel momento che precede la decisione. *Il danno* non entra nella nozione generale di conflitto di interesse se non come elemento *meramente potenziale*. Il conflitto, infatti, sorge nel momento in cui l'amministratore si trova contemporaneamente a gestire i due interessi, che in quella determinata operazione sono contrapposti, il danno è in questa fase meramente potenziale, poiché soltanto la decisione che l'amministratore prenderà potrà eventualmente rivelarsi dannosa per la società ⁽²⁾.

Su analoghe posizioni con riferimento all'art.2373 cod. civ. mi sembra JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano 1964, p.212 e ss. secondo il quale l'interesse sociale, nella fattispecie dell'art.2373, non può essere altro che l'interesse di tutti i membri del gruppo sociale "a che la società non subisca un danno in conseguenza del perseguimento da parte degli azionisti di tale interesse extrasociale", poiché nell'art.2373 si "guard(a) essenzialmente alla posizione del socio e si prescind(e) a ben guardare dall'esigenza stessa di definire un interesse della società", essendo importante non tanto individuare l'interesse positivo della società, quanto negativamente il suo danno. Nello stesso senso ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, *Enc. dir.* XLII, Milano 1992, (estr. da *Enc. Dir.*, XLII).

In giurisprudenza è chiaramente in questo senso, anche se con riferimento al caso del conflitto di interesse del socio, il Trib. Piacenza 12 gennaio 1987 (Giur. it. 1988, II, 210 e ss.) secondo il quale, al di là della contrapposizione teorica tra teorie dell'interesse sociale contrattuali ed istituzionali, la definizione del concetto di interesse sociale deve essere enucleata sulla base di precisi dati normativi. Ad avviso del collegio la norma base non può che essere l'art.2247 cod. civ. dal quale si ricava che l'interesse deve necessariamente essere ancorato ad un duplice presupposto: l'attività economica, e la produzione di un profitto al fine di dividerne gli utili. Ne consegue che ogni qual volta da una delibera possa derivare un danno economico per la società questa va contro l'interesse sociale. "Tutto questo discorso serve per giungere ad una prima conclusione circa la delimitazione del conflitto di interessi esaminato dal punto di vista della società e cioè in tanto può essere ipotizzato un conflitto di interessi in quanto la deliberazione per cui si lamenta il conflitto d'interessi possa avere delle conseguenze economiche per la società".

Sembra invece ritenere imprescindibile un'indagine su cosa debba intendersi per interesse della società al fine di interpretare l'art.2391 cod. civ. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale n.213*, Milano 2000, 160 e ss.

⁽²⁾ La circostanza che l'amministratore versi in conflitto di interessi non significa che questi certamente agirà in modo da produrre danni in capo alla società: l'amministratore infatti, in concreto, potrebbe addirittura decidere di votare conformemente all'interesse sociale, sacrificando il proprio, ma non per questo non avrebbe violato il disposto dell'art.2391 che gli impone di astenersi dal voto. In questo caso l'amministratore, pur non avendo recato alcun danno alla società, ha comunque violato la regola fissata dal legislatore per prevenire il rischio di abusi e il suo comportamento potrà dunque avere delle conseguenze giuridiche: potrà costituire giusta causa di revoca, costituire grave irregolarità ai sensi dell'art.2409 cod. civ. e, comunque in suo comportamento, nell'impostazione originaria del codice (prima cioè della recente riforma dei reati societari), avrebbe dovuto essere oggetto di sanzione penale, ai sensi dell'art.2631 cod. civ., a prescindere dalla produzione di un danno.

Il conflitto deve essere riferito ad una *determinata operazione*. Il che vuol dire che la situazione di conflitto deve essere valutata in concreto, con riferimento all'esame della singola operazione che il consiglio si trova in quel momento ad affrontare e non può essere valutata in astratto, come mera possibilità. Così, ad esempio, si ritiene che non costituisca situazione di conflitto la circostanza che le stesse persone siano contemporaneamente amministratori sia della società madre che della società figlia, ma che questa possa sorgere allorché il consiglio di amministrazione si trovi a deliberare su di un'operazione specifica che vede contrapposti gli interessi delle due società ⁽³⁾.

Mi sembra che non si possa aprioristicamente negare la configurabilità di un conflitto di interesse dell'amministratore, e dunque l'applicabilità

Cfr. per tutte Cass. pen 4 luglio 1989, Riv. Pen. 1991, I, 307 e ss.: "L'art.2631 cod. civ. punisce la condotta degli amministratori che, pur avendo in una determinata operazione, per conto proprio o di terzi, interessi in conflitto con quelli della società, omettano di astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa: si ha conflitto di interessi ogni qual volta si faccia valere un interesse collidente con quello della società, come nel caso in cui l'amministratore si ponga in una posizione antagonista rispetto all'ente, quale controparte contrattuale: trattasi di un reato di pericolo la cui previsione è finalizzata a tutelare la società dalle possibili commistioni di interessi ad essa estranei, mediante la garanzia della correttezza formale delle deliberazioni adottate dai suoi amministratori; alla sussistenza del reato è estranea la nozione del danno per cui la punibilità sussiste anche nel caso che dalla delibera la società tragga vantaggio, mentre a mente del 2° comma, art.2631 cod. civ., il verificarsi del danno si configura come circostanza aggravante". Nel caso di specie era stata riconosciuta la responsabilità dell'imputato che, in qualità di presidente di una società, aveva preso parte alla deliberazione del consiglio di amministrazione con la quale la società veniva autorizzata a prestare fideiussione ad altra società, nonostante il conflitto di interessi derivante dalla sua partecipazione alla seconda società quale presidente.

Sul punto cfr. anche ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società*, *Quaderno di Giurisprudenza commerciale n. 213*, Milano 2000, 192 e ss.

Come noto, il d.lgs. 11 aprile 2002, n.61, che ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art.11 della l. 3 ottobre 2001, n.366, in tema di reati societari ha abrogato questa disposizione. Il nuovo reato di infedeltà patrimoniale introdotto all'art.2634 non ha peraltro la medesima portata, essendo un reato c.d. di danno. Sul punto v. VISENTINI, *La disciplina del conflitto di interessi nel mercato mobiliare*, Nuova giur. civile comm. 2002, 463, secondo il quale " il reato di *infedeltà patrimoniale* non sostituisce l'art.2631 poiché le due fattispecie non sono riconducibili ad un uno stesso problema: il conflitto è situazione di pericolo, mentre l'infedeltà è di danno. Si aggiunga che la costruzione della fattispecie di infedeltà è tale da renderla praticamente inapplicabile". Su quest'ultimo punto rinvia a CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, Riv. Soc. 2001, 1345..

⁽³⁾ In questo senso si vedano per tutti MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1956, 406; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano 1987, 222; BORGIOIOLI, *L'amministrazione delegata*, Firenze 1982, 254.

Cfr. anche ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit. 199 e ss., ove altri riferimenti.

dell'art.2391 cod. civ., nel caso delle deliberazioni del c.d.a. dirette a fissare l'ordine del giorno dell'assemblea. Poiché seppure è vero, come è stato alle volte osservato, che la delibera del c.d.a. è in questi casi solo un atto prodromico a quello successivo dell'assemblea e che il danno potrà prodursi solo con l'adozione della successiva deliberazione assembleare, mi sembra che risponda comunque alla *ratio* della norma e all'interesse della società che l'ordine del giorno dell'assemblea venga predisposto in assenza di conflitti di interesse. Si deve infatti ricordare che, al di là di casi eccezionali (cfr. art.2367, 2406 cod. civ. ecc.), che raramente si verificano soprattutto nelle società di maggiori dimensioni, la predisposizione dell'ordine del giorno avviene ad opera del consiglio di amministrazione, limitandosi l'assemblea ad approvare o respingere la proposta. Mi sembra dunque evidente che l'assemblea ha diritto a che l'ordine del giorno delle materie da trattare sia predisposto dagli amministratori in modo corretto e trasparente, senza che la determinazione sia influenzata da posizioni di conflitto di alcuno degli amministratori, e che anzi, al ricorrere di queste circostanze l'interesse dei soci a conoscere l'eventuale conflitto in cui versa uno dei suoi amministratori in una determinata operazione sia massimo. Ne consegue che l'amministratore che, pur versando in conflitto di interessi, abbia determinato la predisposizione dell'ordine del giorno dell'assemblea, ha certamente violato il principio generale di diligenza che gli impone di non agire in conflitto di interessi e che dunque, in caso assunzione di una deliberazione assembleare dannosa per la società, questi non potrà sostenere la sua estraneità al fatto. Si pensi, ad esempio, al caso di un amministratore che, in conflitto di interessi con l'operazione che vuole far approvare dall'assemblea (ipotizziamo la fusione con altra società in difficoltà economiche di cui lui è socio), eserciti prima la sua influenza in seno al c.d.a., facendo approvare la convocazione dell'assemblea e l'inserimento della materia all'ordine del giorno, e successivamente, tacendo sempre il suo conflitto ed anzi illustrando i vantaggi dell'operazione faccia sì che questa venga approvata dall'assemblea. Il carattere *neutrale* della deliberazione del c.d.a. sarebbe in questo caso a mio avviso difficilmente sostenibile, poiché è proprio grazie a quella deliberazione che l'argomento è giunto "viziato dal conflitto di interesse" all'ordine del giorno dell'assemblea. Non mi sembra dunque che l'amministratore in conflitto possa in casi del genere sostenere la sua estraneità al danno arrecato alla società.

In senso contrario si è espresso il Tribunale di Verona 10 novembre 1989 (Giur. it. 1990, II, 578 e ss.), il quale ha negato l'impugnabilità di una delibera del c.d.a. con la quale era

stato fissato l'ordine del giorno dell'assemblea, a parere dell'impugnante, in conflitto di interesse con la società, perché ritenuta non potenzialmente dannosa. In particolare il Tribunale - facendo applicazione del principio enunciato in una precedente sentenza della Cassazione, secondo il quale per essere annullabile ai sensi dell'art.2391 cod. civ. la deliberazione del c.d.a. deve avere carattere <<operativo>> e non <<neutro>> (4) - ha osservato che "la delibera del c.d.a. di convocazione dell'assemblea dei soci e di fissazione nell'ordine del giorno risulta avere contenuto meramente prodromico ed essere di per sé sola incapace di ledere sia gli interessi del socio che della società (nel cui interesse esclusivamente è concesso all'amministratore la possibilità di impugnare le delibere del consiglio). La delibera impugnata per conflitto di interesse, oltre che essere effettivamente assunta da amministratori in conflitto con la società, deve essere pure potenzialmente capace di esplicare di per sé sola gli effetti asseritamente dannosi nei confronti della società. Nel caso di specie [...] solo la delibera dell'assemblea della società ha avuto diretta ed immediata esplicazione sulla posizione dei soci e della società". In concreto la delibera del c.d.a nel caso esaminato aveva ad oggetto la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci per la soppressione della clausola statutaria limitativa della libera circolazione delle azioni, a dire dell'attore, al solo scopo di favorire le manovre speculative di alcuni soci intenzionati a cedere il pacchetto azionario di loro proprietà a società concorrenti in ispregio delle norme statutarie in tema di opzione.

Ora, al di là della condivisibilità dell'affermazione generale circa la non impugnabilità delle deliberazioni del c.d.a. che fissino l'ordine del giorno dell'assemblea, mi sembra che nel caso di specie non si potesse proprio parlare di un interesse in conflitto con quello della società, assenza di conflitto che si sarebbe dunque riscontrata anche nella successiva deliberazione assembleare: come si può infatti sostenere che l'operazione diretta ad eliminare la clausola che limita la libera circolazione delle azioni sia in conflitto con l'interesse della società

(4) La sentenza cui si fa riferimento è Cass. 19 agosto 1983, n.5404 (Foro it. 1984, I, 2298) secondo la quale "ai fini dell'applicazione dell'art.2391 cod. civ. [...]deve aversi riguardo, anche per individuare il carattere <operativo> e non meramente <neutro> della deliberazione, al reale scopo di questa, quale accertato dal giudice del merito con giudizio che si sottrae al sindacato di legittimità se congruamente e correttamente motivato, indipendentemente dalla forma e dall'oggetto immediato della deliberazione medesima (nella specie: la suprema corte ha ritenuto che correttamente la corte d'appello aveva statuito che fosse soggetta all'applicazione dell'art.2391 cod. civ., escludendone il carattere <neutro>, una deliberazione del consiglio di amministrazione di una società per azioni che aveva disposto la revoca del consigliere delegato e la sua sostituzione con altro amministratore, avendo accertato che tale deliberazione non aveva avuto ad oggetto il semplice trasferimento delle funzioni delegate da un consigliere di amministrazione all'altro, ma aveva costituito lo strumento per attuare una modificazione dell'attività operativa della società, impedendone l'espansione commerciale in altra regione, cui il nuovo consigliere delegato, senza il cui voto la deliberazione non avrebbe ottenuto la necessaria maggioranza, era controinteressato quale amministratore ed azionista di altra società che operava in detta regione".

(⁵)? Nel caso di specie, a mio avviso, non era proprio configurabile alcuna situazione di conflitto.

L'*interesse*, che per rilevare deve avere *natura patrimoniale* (⁶), può essere un interesse che l'amministratore ha in *proprio* o che si trova a curare *per conto di terzi*. In quest'ultimo caso mi sembra che, per far scattare gli obblighi fissati dal primo comma dell'art.2391 cod. civ., la cura dell'interesse del terzo debba trovare origine in un rapporto giuridicamente rilevante. In altri termini l'amministratore deve curare l'interesse del terzo in virtù di un rapporto cui l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica, quale ad es. quello coniugale, o quello contrattuale (come es. nel caso in cui l'amministratore si trovi a curare gli interessi di altra società perché socio o amministratore anche di questa ultima) (⁷).

(⁵) Ed infatti fu questa la posizione del Tribunale con riferimento alla conseguente deliberazione assembleare impugnata congiuntamente a quella del consiglio: "gli elementi di fatto esposti rendono quindi oltremodo incerta l'individuazione, nella decisione di sopprimere la clausola di prelazione, di un fine extrasociale da parte dei soci di maggioranza ed in particolare della volontà di ridurre il valore economico della partecipazione dei soci di minoranza (e ciò a prescindere dalla considerazione che la libera trasferibilità dei titoli rende più agevole la collocazione presso terzi e che la possibilità di acquisire le quote degli altri soci è comunque subordinata all'effettivo esercizio del diritto di vendita)".

(⁶) Nel senso che l'interesse che viene in evidenza debba avere natura patrimoniale si è espresso il Trib. Piacenza 12 gennaio 1987 (Giur. it. 1988, 2, 210), secondo il quale "in tanto può essere ipotizzato un conflitto di interessi in quanto la deliberazione per cui si lamenta il conflitto d'interessi possa avere delle conseguenze economiche per la società. Correlativamente non c'è dubbio che l'interesse del socio in conflitto con l'interesse sociale, non può che essere anch'esso un interesse di natura patrimoniale".

L'espressione mi sembra debba essere intesa nel senso che l'interesse per rilevare deve essere suscettibile di valutazione economica, poiché altrimenti non si potrebbe neanche parlare di rischio di danno.

Nel senso che l'interesse possa anche non avere natura patrimoniale ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op.cit., 150 e ss.

(⁷) Nel senso che l'interesse per conto altrui deve essere assunto per un rapporto giuridicamente rilevante v. anche VISENTINI, *La disciplina del conflitto di interessi nel mercato mobiliare: società azionarie, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio*, cit., secondo il quale ciò "è nelle stesse parole per conto altrui, ed è nella logica delle cose, altrimenti l'interesse del terzo che entra in conflitto sarebbe difficilmente verificabile. Non basta che il mandatario sia in un rapporto di amicizia o di frequentazione con l'acquirente della villa per dire che vi è conflitto con l'interesse del venditore che ha incaricato il mandatario della vendita. Dobbiamo rilevare un rapporto di parentela o la presenza, a sua volta, di un incarico di acquisto da parte dell'acquirente. Non basta che il mandatario abbia svolto episodiche consulenze con il terzo; oppure si occupi degli affari del terzo per tutt'altre ragioni (medico di casa). Peraltro anche rapporti di fatto possono, se giuridicamente rilevanti, appunto come rapporti di fatto, essere ragione di assunzione dell'interesse (per conto altrui). Ad es. società di

In questi termini è la citata sentenza del Tribunale di Piacenza (del 12 gennaio 1987) dove, sempre con riferimento al caso del socio, si legge che "in tanto può parlarsi di un socio portatore per conto terzi di un interesse in conflitto con quello della società in quanto fra il socio e il terzo sia intercorso un vero e proprio rapporto giuridico (non importa se lecito o meno)".

In effetti anche in tutti gli altri casi esaminati si ha sempre riguardo a rapporti giuridicamente rilevanti: cfr. tra le tante Trib. Milano 19 gennaio 1974, Giur. comm. 1974, II, 174 e ss. e Trib. Milano 9 giugno 1977, id. 1977, II, 660 e ss. per due casi relativi a contratti stipulati con il coniuge; Cass. 4 aprile 1998, n.3483, Mass. Giur. it. 1998, per un caso in cui il c.d.a. aveva deliberato di dare in affitto l'azienda della società ad altra società della quale gli stessi amministratori erano soci ed uno di questi era anche amministratore ⁽⁸⁾.

Mi sembra che, entro certi limiti, anche situazioni di fatto potrebbero rilevare, purché si tratti però di situazioni cui normalmente nell'ordinamento si riconoscono effetti giuridici: quali ad es. la convivenza *more uxorio* o le società di fatto.

Non pare invece possa essere riconosciuta rilevanza a rapporti di mera amicizia o a "relazioni amorose" cui fa ad es. riferimento ENRIQUES, op. cit., enucleando la fattispecie esaminata da una risalente sentenza della Cassazione del 1947. Nel caso della relazione amorosa, infatti, non mi sembra si possa dire che l'amministratore si trovi in conflitto perché *si trova a curare* l'interesse dell'amante; tutt'al più una tale situazione potrebbe rilevare come fattispecie riconducibile all'interesse proprio dell'amministratore, il quale, per esempio, potrebbe avere un interesse personale non patrimoniale a favorire la sua amante. Anche se in questi casi, data la difficoltà della prova, probabilmente è più facile agire secondo l'ordinario criterio della diligenza. Comunque non si rinvengono pronunce in cui situazioni di questo tipo abbiano assunto rilevanza ai fini della responsabilità o dell'annullabilità degli atti posti in essere dall'amministratore. Ed infatti, anche in quella sentenza della Cassazione del 15 aprile 1947, n.570 (Dir. fall. 1947, II, 199 e ss.) cui si faceva prima riferimento, in cui si discute dell'annullabilità del contratto di compravendita stipulato da un amministratore unico con una signora con la quale egli aveva stretto "una relazione amorosa", la Corte accoglie il ricorso diretto ad annullare il contratto non per il presunto conflitto di interesse in cui sarebbe incorso l'amministratore, ma per valutare la validità del contratto alla luce della prova della simulazione

fatto; rapporto di lavoro di fatto; consulenza nei fatti coordinata; convivenza di fatto ecc. (art.1723, 2° co. cod. civ.)".

Su opposte posizioni ENRIQUES, op. cit., 149 e ss. che accoglie in generale una nozione di conflitto di interesse più ampia.

⁽⁸⁾ Le sentenze sono esaminate più avanti nel testo.

di quello stesso atto che era stata fornita ed ignorata nei precedenti gradi. In altri termini il profilo del conflitto di interesse è solo adombrato dagli attori nel procedimento, ma non assume alcuna rilevanza ai fini della controversia che ruota tutta attorno al tentativo di provare la simulazione di detta compravendita.

In concreto la giurisprudenza, chiamata naturalmente ad intervenire nel momento patologico e dunque nel momento in cui l'atto è stato compiuto e il danno si è oramai prodotto, tende ad affermare che l'art.2391 si riferisce ad ipotesi di incompatibilità assoluta fra i due interessi, nel senso che si ha conflitto di interessi tutte le volte in cui l'amministratore non possa realizzare il proprio interesse (o quello dei terzi) senza ledere l'interesse della società, provocandole un danno. Elemento determinante nella costruzione giurisprudenziale diviene dunque il danno: là dove vi è danno il conflitto è sanzionabile, là dove questo manca il conflitto ha limitata rilevanza giuridica.

Il principio è stato affermato dalla giurisprudenza soprattutto con riferimento ai casi nei quali la società aveva stipulato contratti con il coniuge di uno degli amministratori: in queste ipotesi la giurisprudenza ha affermato che il semplice rapporto di coniugio non è di per sé indice di conflitto di interessi là dove ad esso non si accompagna un danno. Così fra le tante Trib. Milano 19 gennaio 1974 (Giur. comm. 1974, 174), dove il Tribunale afferma appunto che il fatto che si fosse stipulato un contratto con il coniuge di uno degli amministratori, non configurava di per sé ipotesi di conflitto di interesse, ma la circostanza che, nel caso di specie, il prezzo fosse notevolmente più basso di quelli correnti era invece atto a configurare l'esistenza di un danno e quindi di un conflitto di interesse con la società. Nello stesso senso in fattispecie simile il Trib. Milano 9 giugno 1977 (Giur. comm. 1977, II, 660 e ss.), dove si riconosce la responsabilità dell'amministratore di una società, per avere compiuto una serie di atti in conflitto di interesse con la società arrecandole numerosi danni. Nel caso in esame l'amministratore delegato di una banca aveva fatto acquistare ad altra società, della quale pure egli era amministratore delegato, un certo numero di azioni ad un prezzo maggiore rispetto a quello corrente in borsa, causando così un danno alla società, la quale al momento della rivendita aveva subito un'ingente perdita di denaro. Lo stesso amministratore aveva poi alienato un altro pacchetto azionario alla moglie, ad un prezzo questa volta molto più basso di quello corrente in borsa, con evidente lesione dell'interesse sociale. Avendo la società proposto azione di responsabilità contro l'amministratore, il tribunale nei vari gradi, riconosce la responsabilità dell'amministratore ex art.2391 in entrambe le operazioni. E' interessante notare che i giudici nel motivare la sentenza sottolineano come alla società sia stato sufficiente provare il fatto commesso dall'amministratore ed il danno ad esso conseguente, mentre sarebbe spettato all'amministratore provare che egli aveva rispettato l'obbligo di non agire in conflitto

di interessi con la società. Vista l'incapacità di quest'ultimo di fornire prova contraria si è riconosciuta la sua responsabilità.

La sentenza interessa anche perché si afferma chiaramente che l'obbligo di comunicazione previsto dall'art.2391 si applica anche all'ipotesi dell'amministratore delegato il quale, nel caso di specie, era tenuto a comunicare la situazione di conflitto nella quale verteva prima di agire (su questo punto si rinvia a quanto si dirà più avanti nel testo).

Il principio è in concreto ribadito anche nella recente sentenza della Cass. 4 aprile 1998, n.3483, (Mass. Giur. it. 1998), nella quale la Corte riconosce la responsabilità degli amministratori che avevano dato in affitto l'azienda della società ad altra società di cui tutti e tre gli amministratori erano soci e di cui uno di essi era anche amministratore, previo pagamento di un canone irrisorio. Nell'affermare la loro responsabilità la corte precisa che "dal dettato e dalla *ratio* dell'art.2391 cod. civ. emerge in modo univoco che ai fini della sussistenza della responsabilità degli amministratori per la loro partecipazione ad una delibera riguardante un'operazione in conflitto di interessi con la società è sufficiente che l'operazione presenti un'utilità per la controparte nella quale costoro abbiano interesse, sicché risultano del tutto irrilevanti le ragioni e le scelte gestionali che abbiano indotto gli stessi amministratori a compierle. In altri termini, in presenza del conflitto di interessi la fonte di responsabilità è costituita dal compimento dell'azione in sé e per sé considerata, dalla sua illegittimità conseguente all'essere stata consumata in violazione di precisi canoni di comportamento degli amministratori generali e specifici e dalla dannosità della scelta gestionale, senza che nessun rilievo assuma il merito della scelta gestionale".

In conclusione la giurisprudenza risulta sanzionare l'operato dell'amministratore ex art.2391 cod. civ. soltanto quando vi sia stato un reale e concreto pregiudizio; solo fornendo questa prova il conflitto dell'amministratore diviene giuridicamente rilevante.

2. - b) l'obbligo di comunicazione e l'obbligo di astensione dal voto;

Il primo obbligo che il codice impone all'amministratore che abbia per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società è quello di darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale. La disposizione pone due questioni interpretative: quella dell'individuazione dei destinatari della comunicazione e quella dell'individuazione dei soggetti tenuti ad effettuarla. Per quanto riguarda il primo punto si discute se, affinché la comunicazione valga ad esonerare dalla responsabilità l'amministratore, sia sufficiente che venga effettuata, rispettivamente, al presidente del consiglio di

amministrazione e a quello del collegio sindacale, o se sia necessario che l'amministratore lo comunichi direttamente a ciascun componente dei due organi. In dottrina prevale l'opinione di coloro che ritengono necessario che la comunicazione debba essere fatta a tutti gli interessati, ciò anche per la lettera delle legge che sembra esplicita al riguardo ⁽⁹⁾. Non sono rinvenibili sentenze significative sul punto.

Quanto alla seconda questione si discute invece se l'obbligo di comunicazione sussista anche in capo all'amministratore delegato e all'amministratore unico e soprattutto su quale sia la fonte di tale obbligo, ma sul punto si rinvia al successivo §3.c).

Vale la pena di precisare sin da ora però che la questione assume una scarsa rilevanza pratica ai fini della responsabilità, considerato che in ogni caso la giurisprudenza ha riconosciuto la responsabilità dell'amministratore che versi in conflitto di interessi solamente nell'ipotesi in cui dall'operazione siano derivati danni alla società e mai per il solo fatto che l'amministratore non ne avesse dato notizia agli altri amministratori ed al collegio sindacale. Questa mancanza può però rilevare quale prova di scarsa diligenza e potrebbe eventualmente legittimare una revoca per giusta causa.

Il secondo obbligo che l'art.2391 cod. civ. impone all'amministratore in conflitto di interessi con la società è quello di astenersi dal partecipare alla deliberazione riguardante l'operazione ⁽¹⁰⁾. Anche di questa disposizione la

⁽⁹⁾ In dottrina ritiene che sia sufficiente che la comunicazione venga effettuata al presidente dei due organi FRE'-SBISA', *Della società per azioni, Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna 1997, p.829.

Nel senso che la comunicazione debba essere fatta a ciascun componente degli organi fra i primi MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p.406 e ss, il quale porta a sostegno della sua tesi il fatto che il legislatore, quando si è accontentato di una comunicazione al presidente del collegio sindacale, lo ha detto espressamente (v. artt.2385, I co., e 2392, III co.). L'Autore esclude ragionevolmente che questo obbligo sussista in capo all'amministratore assente all'adunanza, quando il consiglio debba deliberare su un oggetto rispetto al quale egli si trova in conflitto di interessi. L'osservazione viene fatta in polemica con la contrapposta opinione del FRE'.

Fra gli autori che se ne occupano concordano con Minervini: KUSTERMANN *Delle società*, Commentario Ipsa, Roma 1988, p.416; implicitamente DI SABATO, *Le società*, Manuale delle società, Torino 1995.

⁽¹⁰⁾ E' da ritenere che i due obblighi indicati ricadano anche sul consigliere membro del comitato esecutivo. Questa interpretazione è suffragata dalla lettera dell'originario testo dell'art.2631 cod. civ., che sanzionava l'amministratore che avendo un interesse in conflitto con

dottrina ha offerto due letture: la prima, maggiormente seguita, è nel senso che l'obbligo di astensione abbia riguardo al solo esercizio del voto⁽¹¹⁾; la seconda è invece nel senso che l'obbligo di astensione interessi oltre al voto, anche il diritto alla discussione ⁽¹²⁾.

Pur essendo vero che, normalmente, il diritto di discussione è un mezzo di esplicazione delle ragioni del voto e del convincimento dei votanti e che dunque questo è strumentale all'esercizio del diritto di voto, ⁽¹³⁾ mi sembra

quello della società non si fosse astenuto "dal partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo relativo all'operazione stessa".

⁽¹¹⁾ A favore di questa posizione militerebbero, secondo la dottrina dominante, oltre il noto rilievo di ordine logico mosso dal Frè, secondo il quale una volta che l'amministratore abbia reso nota ai partecipanti la situazione di conflitto non esistono ragioni valide per impedirgli di esprimere il proprio giudizio, anche ragioni di carattere storico quale quella che, nonostante non fosse mancata nel corso dei lavori preparatori la previsione di una disposizione che imponesse anche l'obbligo di astenersi da ogni discussione (art.192 Progetto di codice di commercio D'Amelio), questa non era stata poi accolta quale norma di legge. L'argomento è svolto in particolare da MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., il quale a ciò aggiunge che "può ancora osservarsi che il legislatore non ha comminato un divieto di intervento neppure nell'ipotesi del socio interessato, che non è tenuto nemmeno a rendere nota tale sua situazione ai consoci: nell'art.2373 co 1° è infatti espresso il riferimento del divieto all'esercizio del voto".

Nello stesso senso si vedano fra gli altri: WEILLER, *Il conflitto di interessi*, op. cit., 64 e ss; MIGNOLI - NOBILI, voce *Amministratori (di società)*, Enc. Dir., II, Milano 1958, 130 e ss.; BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., 319 e ss. e da ultimo ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., 226 al quale si rinvia per altri riferimenti.

⁽¹²⁾ La dottrina a favore di questa tesi, assolutamente minoritaria, sottolinea come nessuno dei rilievi mossi dalla dottrina dominante è di per sé solo determinante, tanto più che l'argomento storico così come viene prospettato si presta comunque ad una duplice interpretazione, essendo parimenti sostenibile che l'obbligo di astenersi da ogni discussione sia scomparso nella redazione finale in quanto considerato implicito nel divieto di voto. A ciò si aggiunge poi l'argomento letterale: infatti l'utilizzo della espressione "deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni" sembrerebbe portare a sostenere la posizione più restrittiva, soprattutto se posto a confronto con l'articolo 2373 dettato per il conflitto di interessi del socio. Si è in proposito affermato che se l'espressione "il voto non può essere esercitato" utilizzata dall'art.2373 è stata interpretata nel senso che il socio non possa partecipare alla discussione, tanto più quella utilizzata nell'art.2391, che fa divieto di "partecipare alla deliberazione", dovrebbe portare alla medesima conclusione

In dottrina in questo senso CHIAPPETTA, *La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto*, in *Giur. comm.* 1991, I, 265; SALAFIA, *Il conflitto di interessi nelle società di capitali*, Soc. 1996, 391 e ss.; FABRIS, *I doveri dell'amministratore in conflitto di interessi*, Soc. 1996, 1258 e ss.

⁽¹³⁾ I risultati dell'analisi giurisprudenziale svolta con riferimento al socio conducono ad affermare che mentre il diritto di discussione, proprio per il suo "ben definito carattere di mezzo di esplicazione delle ragioni del voto e del convincimento dei votanti, è da considerarsi un tutto unico con il diritto di voto", il diritto di intervento gode di una sua autonomia ed è

in ogni caso preferibile concordare con la dottrina dominante che riconosce il diritto dell'amministratore di discutere in seno al consiglio, purché ciò avvenga dopo avere reso nota la situazione di conflitto e sempre nel rispetto del criterio della diligenza imposto dall'art.2392 cod. civ. Il chiarimento dei termini della questione da parte dell'amministratore in conflitto si può infatti rivelare addirittura utile per gli altri amministratori per comprendere la reale portata dell'operazione, e per lo stesso amministratore affinché possa provare di aver adempiuto pienamente al suo dovere di diligenza. L'amministratore in conflitto, proprio per fare fede al proprio dovere di diligenza, è infatti tenuto a rivelare eventuali ragioni che potrebbero scongiurare il compimento dell'operazione posta in decisione; il suo silenzio potrebbe essere interpretato come assenza di diligenza ed essere per lui fonte di responsabilità, pur essendosi astenuto dal voto in seno al consiglio di amministrazione.

Sul punto si veda la recente pronuncia della Corte di appello di Milano 6 febbraio 1998 (Giur. it. 1998, 2350), nella quale sembra essere data per presupposta la possibilità, anzi in questo caso addirittura il dovere, dell'amministratore che versi in conflitto di interessi con la società di prendere la parola nel corso della riunione per esprimere la propria opinione al riguardo. La Corte riconosce infatti la responsabilità solidale dell'amministratore che, pur essendosi astenuto dal voto nella deliberazione del consiglio con la quale si era deciso l'acquisto di partecipazioni di altra società della quale pure era amministratore, non aveva rivelato tutto quanto sapeva per valutare l'effettiva convenienza dell'investimento che la società stava per compiere. Si legge in motivazione che l'amministratore, che per la sua veste nella società venditrice aveva maggiori elementi per valutare <<l'effettiva assenza di giustificazioni economiche che consigliassero l'investimento da parte di X Laboratories>>, essendosi astenuto ma non avendo espresso dissenso, né dopo l'acquisto avendo fatto alcunché per eliminare o attenuare le conseguenze dannose dell'imprudente operato autorizzato dal consiglio, si era reso responsabile in relazione a tale atto ex art.2392 cod. civ. Egli, infatti, essendo a conoscenza dello stato di difficoltà in cui versava la società della quale si stava deliberando

pertanto normale che esso sussista anche qualora il soggetto interessato sia privo del diritto di voto.

l'acquisto delle azioni, diligentemente, avrebbe dovuto darne notizia al consiglio ⁽¹⁴⁾.

La giurisprudenza di legittimità non ha mai affrontato direttamente la questione del diritto di discussione dell'amministratore in conflitto, limitandosi ad affermare che l'obbligo di astensione non implica che l'amministratore non possa essere presente alla riunione (Cass. pen. 25 febbraio 1959, Riv. It. proc. pen. 1960, 939; Cass. 21 agosto 1991, n.8977, Giur. comm. 1992, II, 917). Ed anzi a conferma della possibilità della sua presenza alla riunione la Cassazione ha anche affermato, in analogia a quanto previsto in tema di conflitto di interessi del socio, che "nel *quorum* costitutivo a differenza che nel *quorum* deliberativo, vanno computati anche coloro che si trovino in conflitto di interessi con la società, per assicurare, per un verso che la delibera, anche se adottata con un numero di voti esiguo ma imparziale, risulti conforme all'interesse sociale e, per altro verso, che non sia paralizzata, attraverso il meccanismo delle astensioni, la volontà degli organi sociali"⁽¹⁵⁾.

La prima delle sentenze citate è la Cass. pen. del 25 febbraio 1959, nella quale per la prima volta, analizzando congiuntamente le disposizioni civili e penali in tema di conflitto di interessi dell'amministratore, si afferma che la 'presenza' alla riunione e la 'partecipazione' alla deliberazione sono due concetti distinti. Pertanto la Corte nel caso in esame, preso atto del fatto che ciò che il legislatore ha voluto sanzionare con le previsioni degli articoli 2391 e 2631 cod. civ. è il concorso consapevole, dell'amministratore che si trovi in conflitto di interessi con la società, alla formazione della volontà dell'organo attraverso l'esercizio del voto, ha affermato che non basta la mera presenza dell'amministratore a far ritenere avvenuto il suo concorso nella formazione della volontà dell'organo.

La seconda sentenza citata è Cass. 21 agosto 1991, n.8977: nel caso di specie la curatela fallimentare di una società aveva rifiutato l'ammissione al passivo del credito ipotecario vantato da altra società, in quanto sosteneva che la deliberazione del consiglio di amministrazione che aveva a suo tempo autorizzato la concessione della garanzia era invalida, in quanto assunta con il voto favorevole di uno solo dei componenti del consiglio essendosi gli

⁽¹⁴⁾ Dagli atti risultava che l'amministratore in questione, in quanto amministratore anche della seconda società, non poteva ignorare le enormi minusvalenze che questa presentava su alcune partecipazioni, le numerosissime insolvenze in cui era incorsa, nonché il risultato economico negativo che essa aveva conseguito.

⁽¹⁵⁾ Il passo è tratto da Cass. 8977/1991, cit., nella quale la Corte afferma che il principio dettato per regolare il conflitto di interessi tra assemblea e socio è espressione di un principio generale della società per azioni.

altri due astenuti dalla votazione per conflitto di interessi. Sosteneva in particolare la curatela che la delibera adottata con il voto di un solo amministratore (l'unico che non versava in conflitto di interessi) non poteva qualificarsi come delibera di un collegio, quale è appunto il consiglio di amministrazione, essendo un atto unipersonale. Mentre il tribunale e la corte di appello accolgono la tesi della curatela, la Cassazione riforma la decisione affermando che "esercizio collegiale non significa che la delibera debba essere espressione del voto di tutti i componenti dell'organo, bensì che essa debba essere formata con l'osservanza delle regole della collegialità, che richiedono come momento preminente quello della conferenza personale. Ed è appunto in questo senso che la delibera si intende in ogni caso riferita al collegio nella sua unità, comprensiva degli astenuti e dei dissenzienti"⁽¹⁶⁾.

E' da ritenere che nel caso dell'amministratore in conflitto la legge sancisca un vero e proprio divieto di esercizio del voto e non una semplice limitazione. A favore di questa soluzione militano sia un argomento letterale,

⁽¹⁶⁾ La Corte così prosegue in motivazione: "Interpretato in tale contesto, il significato dell'art.2388, già richiamato, è che ai fini del quorum costitutivo, è necessaria <<la presenza della maggioranza degli amministratori in carica>>, salvo che l'atto costitutivo non richieda un maggior numero di presenti, e che, ai fini del quorum deliberativo, è necessaria <<la maggioranza assoluta>> dei presenti, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo.

Come si può desumere anche dall'art.2391, commi 1° e 3° cod. civ. (...) dalla deliberazione vera e propria, che si esprime mediante votazione, va, dunque, distinta la partecipazione alla riunione, per la quale si richiede un numero di soggetti idoneo a costituire un collegio, computando ai fini della regolare costituzione, anche coloro che siano in conflitto di interesse con la società. Ciò può desumersi, in via di analogia, dal testuale tenore dell'art.2373, dettato per regolare il conflitto di interessi tra assemblea e socio, ma espressione di un principio generale della società per azioni: quello secondo cui nel quorum costitutivo, a differenza che nel quorum deliberativo, vanno computati anche coloro che si trovino in conflitto di interessi con la società, per assicurare, per un verso, che la delibera, anche se adottata con un numero di voti esiguo ma imparziale, risulti sempre conforme all'interesse sociale, e per altro verso, che non sia paralizzata attraverso il meccanismo delle astensioni, la volontà degli organi sociali. Considerazione questa indubbiamente vera per l'assemblea i soci (secondo il consolidato orientamento di questa corte l'art.2369, comma 3°, cod. civ., il quale stabilisce che l'assemblea ordinaria in seconda convocazione delibera sugli oggetti che avrebbero dovuto essere trattati nella prima, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci intervenuti, è norma inderogabile in dipendenza del carattere essenziale che il funzionamento dell'assemblea ordinaria assume per la vita della società), ma ancor più valida per il consiglio di amministrazione, la cui disciplina, come emerge, fra l'altro, dall'art.2391 cod. civ. (dettato per limitare eventuali impugnazioni di <<disturbo>> e per dare certezza ai rapporti giuridici, anche se derivanti da deliberazioni viziato) e dagli artt.2385 e 2386 cod. civ. (in tema di cessazione e di sostituzione degli amministratori), è tutta improntata all'esigenza di evitare che la sua funzionalità ne riesca in qualche modo compromessa, tanto che l'interesse dei soci, dei creditori e dei terzi alla regolarità e alla legalità delle deliberazioni consiliari risulta tutelato soltanto indirettamente ed in quanto sussistano determinati presupposti (artt.2392 ss., 2408 ss. e 2409 cod. civ.). Non può, dunque, seriamente contestarsi il presupposto del ricorso all'analogia; [...]"

essendo l'art.2391 cod. civ. esplicito al riguardo, essendo stata utilizzata una terminologia diversa da quella dell'art.2373 cod. civ. ("*deve astenersi dal partecipare alla deliberazione*" in luogo di "*il diritto di voto non può essere esercitato*"), sia un argomento logico sistematico che si basa sull'interpretazione coordinata dell'articolo in esame con il testo della disposizione originaria dell'art.2631 cod. civ. che configurava come ipotesi di reato anche la semplice mancata astensione dell'amministratore in conflitto. Il fatto che, come si è detto, questa disposizione sia stata di recente abrogata non toglie valore all'argomento di interpretazione sistematica utilizzato, che consente in ogni caso di cogliere quello che era lo spirito del legislatore del 1942 nel momento in cui aveva ideato l'intero sistema sanzionatorio ⁽¹⁷⁾.

Per queste ragioni si ritiene che il presidente del consiglio di amministrazione possa dunque escludere dalla votazione l'amministratore che versi in conflitto di interessi ⁽¹⁸⁾.

Non si sono riscontrate sentenze significative sul punto.

⁽¹⁷⁾ Il nuovo articolo che si occupa della sanzione penale con riferimento al conflitto di interesse è oggi l'articolo 2634 cod. civ. che prevede il reato di *Infedeltà patrimoniale*, che ha però una portata più limitata rispetto al precedente art.2631 cod. civ. che sanzionava l'amministratore per il solo fatto di non essersi astenuto dalla votazione a prescindere dalla produzione di un danno. Oggi infatti il reato di infedeltà patrimoniale è un reato c.d. di danno.

Art.2634 cod. civ.: "Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.

In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa".

⁽¹⁸⁾ Nel senso che l'art.2391 configuri un vero e proprio divieto di voto in capo all'amministratore che versi in conflitto di interessi e che di conseguenza vada riconosciuto al presidente del consiglio di amministrazione il potere di escluderlo dalla votazione: MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, Riv. dir. civ. 1956, II, 314; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino 1999; MIGNOLI - NOBILI, voce *Amministratori (di società)*, Enc. dir., II, Milano 1958, 130 e ss. 139; GAMBINO, *Il principio di correttezza*, op. cit. 260; CHIAPPETTA, *La partecipazione al voto e alla discussione*, op.cit., 268.

3. - c) *l'inosservanza degli obblighi prescritti: responsabilità dell'amministratore e impugnabilità delle delibere;*

In caso di inosservanza degli obblighi sanciti dal I comma, l'art.2391 prevede al secondo comma che l'amministratore risponda delle perdite che siano derivate alla società dal compimento dell'operazione. Qualche incertezza ha creato, soprattutto in passato, l'interpretazione del termine "perdite", utilizzato dal legislatore, non essendo chiaro se questo dovesse essere inteso in senso strettamente letterale comprendendo dunque solamente il danno emergente, ovvero se potesse essere inteso in senso più ampio, facendovi rientrare anche il lucro cessante, cioè il mancato guadagno che a seguito dell'operazione si fosse determinato in capo alla società. Quest'ultima soluzione appare preferibile poiché, se è vero che la lettera della legge parla chiaramente delle sole *perdite*, non può essere ignorato quanto lo stesso articolo dispone al comma successivo. Come è noto infatti il legislatore ha in quella sede subordinato l'impugnabilità della deliberazione consiliare adottata in conflitto di interessi, all'eventualità che la stessa possa recare danno alla società, non ripetendo quindi quella limitazione operata nel comma precedente. Ora sarebbe effettivamente singolare che il legislatore avesse subordinato l'impugnabilità della deliberazione consiliare alla presenza di un danno (inteso in senso ampio), e contemporaneamente avesse però limitato la responsabilità dell'amministratore al solo danno emergente. E' oramai pacifico in dottrina che il termine debba essere interpretato estensivamente, in modo da farvi rientrare sia il danno emergente che il lucro cessante ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ In questo senso si veda fra gli altri BONELLI, *Gli amministratori di società*, Milano 1985, 232 e ss., il quale in proposito rileva: "La legge parla di responsabilità per le 'perdite' derivate alla società dall'operazione compiuta in conflitto di interessi (art.2391 cod. civ.). E' evidente però che il termine va interpretato estensivamente, come comprensivo non solo del danno emergente (perdite) ma anche del mancato lucro. E' proprio lo stesso, infatti, che la società acquisti un immobile a 100 e lo rivendita a 50 in un momento in cui il suo valore di mercato è ancora 100, oppure acquisti un immobile a 100 e lo rivenda a 100 in un momento in cui il suo valore di mercato è 150. In entrambi i casi, se l'operazione è stata compiuta dall'amministratore in conflitto di interessi (se l'amministratore ha conseguito delle "tangenti" la prova è *in re ipsa*), egli sarà responsabile del danno (perdita o mancato lucro) cagionato alla società".

Nello stesso senso si era espresso, anche se in via dubitativa, già MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 409 e ss.; l'Autore da un lato porta a sostegno della soluzione proposta la considerazione che, essendo sufficiente per l'irrogazione della sanzione penale di cui al 2° comma dell'art.2631 anche un pregiudizio consistente nel solo mancato guadagno,

Sebbene non vengano in evidenza sentenze che si siano occupate esplicitamente della questione, l'assenza di rilievi particolari sul punto porta a ritenere che la giurisprudenza, nel calcolare l'ammontare delle *perdite*, si rifaccia alla comune nozione generale di *danno*. Per un esempio si veda il Trib. Milano 9 giugno 1977, cit., nel quale appunto la Corte parla indistintamente di perdite e di danni come sinonimi. Nello stesso senso Cass. 22 dicembre 1993, n.12700 (Soc. 1994, 782 e ss.).

La sentenza è interessante perché afferma che ai fini della responsabilità dell'amministratore di una società ex art.2391, secondo comma cod. civ., che abbia preso parte alla discussione in consiglio con riferimento ad una deliberazione rispetto alla quale egli si trovava in conflitto di interessi, non basta provare che le opere siano state realizzate dall'appaltatore con costi minori rispetto a quelli contabilizzati, ma deve fornirsi la prova del danno ingiusto cagionato alla società, e cioè dell'eccessività del corrispettivo pattuito rispetto a quello di norma effettivamente praticato per opere del medesimo tipo o, comunque, della concreta possibilità di realizzare tali opere mediante altre imprese a condizioni più vantaggiose per la committente. La fattispecie era quella di un amministratore al quale il consiglio di amministrazione aveva affidato l'appalto per la realizzazione di uno stabilimento. In particolare, per quanto qui interessa, il ricorrente aveva contestato che la corte di appello avesse considerato valido il contratto di appalto nonostante: non fosse provato che l'amministratore in conflitto avesse comunicato la propria situazione di conflitto e si fosse astenuto dalla votazione (ex art.2391 cod. civ.), ed anzi risultasse chiaramente che questi aveva preso parte alla discussione con la quale il consiglio gli aveva richiesto un preventivo di spesa per la realizzazione di alcuni lavori; risultasse chiaramente che il contratto di appalto era stato

sarebbe singolare che il legislatore restringa poi la responsabilità civile alla sola ipotesi della produzione di un danno emergente e dall'altro spiega l'utilizzo del termine *perdite* come un retaggio storico, essendo quello il termine utilizzato dal codice di commercio del 1882, all'art. 150, in tema conflitto di interessi.

Nel senso che il termine *perdite* debba essere interpretato con "particolare moderazione" comprendendo in esso solamente il danno emergente si era espresso invece FRE', *Della società per azioni*, op. cit. il quale ritiene "evidente che l'amministratore non sarà in nessun caso responsabile del mancato guadagno (lucro cessante) che l'art.1223 distingue nettamente dalla perdita".

Sul punto v. anche ENRIQUES, op. cit., 286 e ss., ove altri riferimenti.

Anche nel vigore del codice di commercio del 1882 la dottrina non era unanime nell'attribuire l'uno o l'altro significato al termine *perdite*. Tra coloro che attribuivano un significato più restrittivo al termine, comprendendovi soltanto il danno emergente v. PATERI, *La società anonima*, Torino 1890, 391 e ss., nel senso invece che dovesse ricomprendere anche il lucro cessante v. MORI, *Società anonima*, Torino 1897,129 e in particolare BREGLIA, *Conflitto di interessi nelle deliberazioni delle società per azioni*, Riv. dir. comm. 1922, I, 654, in part. 663.

stipulato dal presidente del c.d.a. senza che a ciò fosse stato autorizzato con deliberazione; fosse stato provato, tra l'altro, che parte dei lavori erano stati subappaltati con un conseguente ricarico sulle spese imputate alla società da parte dell'amministratore subappaltante. La Corte respinge il ricorso, precisando che, anche a prescindere dalla partecipazione dell'amministratore in conflitto alla deliberazione, "non si può fondatamente parlare di danno ingiusto cagionato alla società appaltante dall'amministratore-appaltatore in riferimento all'ammontare del corrispettivo pattuito, ove non si dimostri la eccessività di quest'ultimo rispetto a quello di norma effettivamente applicato per opere del tipo di quelle appaltate (...) o comunque la concreta possibilità di realizzazione delle medesime mediante altre imprese a condizioni più vantaggiose per la committente. Soltanto in queste ipotesi, infatti, può dirsi, condivisibilmente, che la società abbia realmente subito <<perdite>> giuridicamente rilevanti e delle quali, quindi, l'amministratore (appaltatore) deve, come tale, rispondere ai sensi dell'art.2391 secondo comma codice civile, se non si sia astenuto dal voto sulla deliberazione riguardante l'appalto e/o non abbia dato notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale (ignari) non tanto del conflitto di interessi riadducibile alla doppia qualità (ovviamente nota a tutti) da lui rivestita quanto alla maggiore onerosità delle condizioni deliberate rispetto a quelle, da lui conosciute, concretamente ottenibili.[...Omissis] dall'altro deve ammettersi per le ragioni esposte che non è declinabile in termini di danno <<ingiusto>> cagionato alla committente il fatto che l'appaltatore abbia lucrato la differenza tra le spese erogate per le forniture (o subappalti, nel lessico del ricorrente) e le maggiori somme a questo titolo addebitate alla società".

Ai sensi dell'art.2391 terzo comma, le deliberazioni del consiglio di amministrazione, che siano state adottate con il voto determinate dell'amministratore in conflitto di interessi, possono essere impugnate dagli amministratori assenti e dissenzienti e dai sindaci entro tre mesi dalla loro assunzione, qualora possano recare danno alla società. La possibilità di impugnare la delibera consiliare è dunque sottoposta a due condizioni: la rilevanza del voto dell'amministratore in conflitto e la possibilità che la stessa possa recare danno alla società. Quanto alla prima condizione l'unica questione che è venuta in evidenza in giurisprudenza è quella relativa alla computabilità o meno, ai fini del calcolo dei *quorum*, di coloro che si sono astenuti dalla votazione perché in conflitto di interessi. La soluzione, come si è detto, è nel senso che gli amministratori astenuti debbano essere computati solamente nel calcolo del *quorum* costitutivo, mentre non debbono essere considerati ai fini del *quorum* deliberativo (cfr. Cass. n.8977/1991, cit., *retro* § 2.b).

Quanto alla seconda condizione la giurisprudenza ha affermato che, ai fini dell'impugnabilità ex art.2391 cod. civ., è necessario che la deliberazione

del consiglio di amministrazione sia di per sé sola idonea a ledere gli interessi della società. Da ciò si deduce che non è impugnabile, perché insuscettibile di recare danno alla società, la deliberazione che abbia una mera rilevanza interna o che necessiti di un ulteriore impulso per divenire dannosa (cfr. Cass. 19 agosto 1983, n.5404, cit.). Secondo l'insegnamento della Cassazione questa indagine deve essere effettuata caso per caso, avendo anche riguardo allo scopo cui tende la deliberazione, posto che ad essa può riconoscersi carattere *neutro* o, per così dire, *operativo* secondo l'incidenza che questo assume nella decisione. Qualora infatti lo scopo dovesse assumere un'importanza tale da divenire preminente rispetto all'aspetto formale della decisione, questo dovrà essere considerato come il vero oggetto della delibera. Emblematica è al riguardo la fattispecie esaminata dalla Cass. n.5404/1983, nella quale la Corte riconosce l'impugnabilità di una delibera consiliare con la quale era stata disposta la revoca dalla carica di un amministratore delegato e la sua sostituzione con altro socio affinché questi facesse sospendere l'attività della società in una particolare area (la Calabria) nella quale operava una società concorrente di proprietà del nuovo amministratore, socio di maggioranza. La decisione si basa sulla considerazione che, essendo stato provato che la deliberazione era in concreto preordinata ad impedire l'espansione commerciale della società, lo scopo si era tramutato in oggetto della deliberazione, facendo sì che questa fosse già di per sé idonea a recare danno alla società.

La controversia era la seguente: a seguito della sua revoca dalla carica di amministratore delegato, uno degli amministratori-soci di una società aveva impugnato la deliberazione del consiglio di amministrazione ex art.2391, sostenendo che con questa operazione il nuovo amministratore delegato -socio di maggioranza intendeva impedire l'espansione dell'attività commerciale della società per evitare che entrasse in concorrenza con un'altra società di sua proprietà. La società si era difesa sostenendo che la deliberazione di revoca e nomina del consigliere delegato da parte del consiglio di amministrazione era, per il suo contenuto e la sua funzione, estranea alla previsione dell'art.2391, non avendo ad oggetto il compimento di un'operazione, in relazione alla quale soltanto potrebbe realizzarsi quel conflitto di interessi tra società e amministratori che la norma intende evitare. La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla questione, conferma la soluzione adottata dalla corte di merito affermando che "se è vero che oggetto d'impugnazione dev'essere la deliberazione riguardante l'operazione in relazione alla quale si può configurare il conflitto di interessi (...) tuttavia, nel caso di revoca dell'amministratore delegato e di contestuale nomina di altro amministratore, se non si vuole adottare una configurazione riduttiva di deliberazione impugnabile - che sarebbe contraria alla *ratio* della norma, individuata nello scopo di proteggere la società da forme

concorrenziali, spesso occulte, e dai pregiudizi che possono derivarle dalla deviazione dei suoi fini istituzionali per un interesse contrastante degli amministratori - deve ritenersi che al fine dell'applicabilità della norma in esame, non può prescindersi dal reale scopo della deliberazione che traspaia con un grado di sufficiente certezza, nel senso che alla deliberazione medesima deve riconoscersi carattere neutro o per così dire operativo, secondo gli scopi che essa si propone di conseguire. E nel caso concreto il carattere neutro della deliberazione (...) è stato correttamente escluso nella sentenza impugnata, avendo la corte nel merito insindacabilmente accertato che la cessazione dell'attività in Calabria fu non solo lo scopo ma anche l'oggetto della deliberazione”.

Per un caso in cui si è negata l'applicabilità dell'art.2391 ad una delibera consiliare in quanto inidonea a recare danno alla società viene comunemente citata la decisione del Trib. Verona 10 novembre 1989, cit., nella quale il Tribunale ha rigettato la domanda dell'attore, sostenendo appunto che la deliberazione del consiglio di amministrazione con la quale era stata convocata l'assemblea e fissato il relativo ordine del giorno non poteva essere impugnata in quanto avente carattere meramente prodromico ed in quanto di per sé sola incapace di ledere sia gli interessi del socio che della società. In verità, come si è già detto (v. retro punto a), nel caso di specie la decisione è stata determinata dal fatto che nel caso concreto non era proprio configurabile alcuna posizione di conflitto di interesse, in quanto la decisione che con la delibera del consiglio era stata posta all'ordine del giorno dell'assemblea dei soci era l'eliminazione della clausola che limitava la libera circolazione delle azioni, operazione che non può configurarsi in alcun modo contraria o in conflitto con l'interesse della società. Non si può dunque trarre da questa sentenza il principio per cui la deliberazione del c.d.a. di convocazione e fissazione dell'ordine del giorno dell'assemblea non possa essere mai direttamente potenzialmente dannosa per la società.

Per un caso in cui invece, correttamente, è stata escluso il danno potenziale e dunque negata l'impugnabilità della deliberazione del consiglio di amministrazione si veda Trib. Teramo 27 gennaio 1998 (Soc. 1998, 1426), relativo ad una delibera con la quale il consiglio aveva conferito ad un amministratore in conflitto l'incarico di iniziare a trattare con altra società il rinnovo di un contratto, senza però attribuirgli il potere di prendere alcuna decisione autonomamente, essendo questi tenuto a riferire al consiglio i termini della questione prima di poter essere autorizzato alla stipulazione del contratto. In questo caso, non rinvenendosi il danno potenziale richiesto dall'art.2391 3° co. la deliberazione non poteva essere impugnata. Ciò non esclude però che l'esistenza del conflitto di interessi rilevata possa far scattare gli obblighi indicati dal primo comma dell'art.2391 e possa rilevare ai fini della responsabilità dell'amministratore, qualora l'atto successivamente posto in essere abbia causato danni alla società.

Il principio che si ricava dalla scarsa casistica giurisprudenziale esistente in materia è che il giudice deve accogliere la domanda di annullamento della delibera del consiglio assunta con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi, soltanto quando questa si riveli potenzialmente dannosa per la società ⁽²⁰⁾.

Secondo la dottrina prevalente il terzo comma dell'art.2391 cod. civ. sarebbe applicabile anche alle deliberazioni del comitato esecutivo per analogia, svolgendo queste la medesima funzione delle deliberazioni del consiglio di amministrazione⁽²¹⁾.

Legittimati ad impugnare la deliberazione consiliare assunta con il voto determinate dell'amministratore in conflitto di interessi sono in primo luogo gli amministratori assenti e dissenzienti. La dottrina ritiene che l'art.2391 sancisca una mera facoltà di impugnativa in capo agli amministratori ⁽²²⁾ e non un vero e proprio obbligo di promuovere la causa per esonerarsi dalla responsabilità, a

⁽²⁰⁾ Mi sembra corretta l'impostazione in base alla quale nei casi in cui sia provato che il danno non si è verificato, né può più verificarsi, sia preclusa al giudice la possibilità di annullare la deliberazione, considerato che la disciplina mira proprio ad evitare la produzione di un danno in capo alla società. In senso conforme ENRIQUES, *Il conflitto di interessi*, op. cit. 344 e ss.

⁽²¹⁾ Sul punto cfr. MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, op. cit. 456 E SS.; CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino 1976, 135 e ss.; MAFFEZZONI, *Contributo allo studio del comitato esecutivo nelle società per azioni*, Torino 1998, 160 e ss.. Si veda anche GALGANO, *La società per azioni*, op. cit., 254 e ss, secondo il quale in questi casi l'impugnativa della deliberazione del comitato esecutivo sarebbe ammissibile soltanto nel caso in cui il consiglio di amministrazione non si pronunciasse tempestivamente sulla richiesta di revoca della delibera del comitato esecutivo.

Negano invece l'applicabilità del 3° comma dell'art.2391 cod. civ. alle deliberazioni del comitato esecutivo PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nelle società per azioni*, Milano 1969, 116, seguito di recente da ENRIQUES, *Il conflitto di interessi*, op. cit. 335 e ss, secondo i quali in questi casi il rimedio disponibile sarebbe quello della richiesta di revoca della delibera al consiglio di amministrazione. Secondo questa impostazione la possibilità di ricorrere al rimedio interno dovrebbe prevalere sul potere di impugnazione della delibera del comitato, ferma restando naturalmente la possibilità di impugnare la deliberazione del c.d.a che rifiutasse la revoca di quella del comitato esecutivo.

⁽²²⁾ Dalla lettera della legge sembrerebbe che gli amministratori presenti ed assenzienti non possano impugnare la deliberazione, anche qualora provino che non erano a conoscenza della posizione di conflitto al momento della votazione; essi potranno eventualmente sollecitare una nuova convocazione del consiglio per procedere alla revoca della deliberazione assunta o sollecitare l'impugnazione della delibera viziata da parte del collegio sindacale.

Sul punto cfr. FRE', *Della società per azioni*, op. cit., 834, ENRIQUES, *Il conflitto di interessi*, op. cit. 368 e ss.

meno che tale azione non costituisca l'unico modo per evitare o attenuare la produzione di un danno alla società (23).

Legittimati ad impugnare la deliberazione consiliare sono anche i sindaci, i quali, secondo l'opinione prevalente, debbono agire collegialmente (24).

Non essendo inclusi nell'elenco dell'art.2391 si esclude che i soci possano impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione assunte in conflitto di interesse.

4. - d) cenni al caso del gruppo societario;

Un cenno particolare va fatto alle situazioni di conflitto di interesse che possono venirsi a creare all'interno dei gruppi societari. E ciò non tanto perché la disciplina applicabile risulti essere diversa, ma perché la valutazione dell'*interesse in conflitto* è in questi casi complicata dalla circostanza che alle volte le decisioni degli amministratori della società controllata sono indotte dalla società *madre*, nell'ottica di quella che dottrina e giurisprudenza chiamano *la direzione unitaria del gruppo*. L'interesse della società figlia, intesa come entità unitaria, può apparire sacrificato in favore dell'interesse della società madre o

(23) In questo senso v. per tutti FRE', *Della società per azioni*, op. cit., il quale da questa considerazione trae quale ulteriore conseguenza che gli amministratori "per la loro inerzia non saranno responsabili ai sensi del successivo art.2392, non potendosi ammettere che quello che non è un dovere per l'articolo in esame lo diventi invece per l'articolo seguente".

In senso parzialmente diverso si pone MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p.414 e ss., il quale partendo dal presupposto che l'amministratore "per esonerarsi da responsabilità deve fare tutto quanto gli è possibile per eliminare o attenuare le conseguenze dannose dell'atto pregiudizievole (art.2392, 2° co.), distingue due casi ritenendo che l'amministratore dissenziente o assente generalmente *può* impugnare la deliberazione pregiudizievole, ma *deve* impugnarla se è questo rimedio idoneo ad eliminare o attenuarne le conseguenze dannose".

(24) Il principio è pacifico per ogni potere che la legge attribuisce ai sindaci in modo generico; infatti avendo carattere generale il principio di collegialità ai singoli sindaci vanno riconosciuti poteri individuali solamente nei casi esplicitamente previsti dalla legge.

Particolarmente chiaro sul punto è Minervini il quale afferma che "il sindaco diligente, in presenza di una deliberazione consiliare impugnabile ai sensi dell'art.2391, 3° co., dovrà chiedere la convocazione del collegio sindacale, acciocché deliberi sull'esercizio dell'impugnativa; ma se la deliberazione del collegio sia negativa, resterà esonerato da responsabilità, sol che faccia constare il suo dissenso a norma dell'art.2404, 3°co., parte seconda".

dell'interesse del gruppo. Si può sempre parlare di conflitto di interessi in questi casi?

La giurisprudenza più recente, seguendo l'impostazione proposta da parte della dottrina⁽²⁵⁾, ha mostrato di ritenere applicabile, nei casi in cui si

(25) La dottrina cui si fa riferimento nel testo ha trovato il suo interprete principale in MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, Giur. comm. 1995, I, 710 e ss. secondo il quale "la compatibilità con l'interesse sociale dell'interesse del gruppo deve valutarsi in termini di *razionalità e coerenza* di una singola scelta, *ancorché pregiudizievole* per la società che la pone in essere, rispetto ad una *politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine*, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su *piani economici differenti*, anche in *tempi diversi* rispetto al momento dell'operazione ed anche secondo un *parametro non rigidamente proporzionale*, né necessariamente quantitativo". Secondo l'Autore "... questa via ... consent(a)e un margine significativo di elasticità alle politiche di gruppo, non più ingessate da una norma vetusta se tradizionalmente intesa, ponendo però anche un limite alle tecniche abusive, alle pratiche di svuotamento economico delle società controllate, ai trasferimenti fraudolenti di ricchezza", il "discrimen decisivo" essendo dato dallo stato di insolvenza (in particolare v. p.730 e 731).

Senza pretese di completezza è utile qui riassumere brevemente le principali posizioni assunte dalla dottrina sul punto, che, al di là delle innumerevoli sfumature rinvenibili nelle posizioni dei diversi autori, possono essere ricondotte ai due estremi: di coloro che, restando ancorati ad una visione atomistica della società, negano sostanzialmente che l'interesse del gruppo possa prevalere su quello della singola società e dunque riconoscono l'applicazione dell'art.2391 cod. civ. senza mitigazione alcuna; e coloro che, invece, prendendo atto della diffusione del fenomeno del gruppo e del suo "ingresso" nel mondo giuridico, riconoscono l'esistenza di un interesse del gruppo che può alle volte prevalere giungendo anche a pregiudicare quello della singola società controllata.

Nel primo senso si possono citare, sebbene come si è detto con diverse sfumature: D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da <<i>battelli del Reno>> alle <<navi vichinghe>>*, Foro it. 1988, V, 48 e ss, id, *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in AAVV, *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di Studi, organizzato dalla Rivista delle società, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, II, Milano 1996, 1085 e ss.; FERRI, *Le società*, Tratt. dir. civ. italiano diretto da F. Vassalli, Torino 1987, 1030; SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, Riv. Dir. civ. 1989, I, 238 e ss.; SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, Milano 1990, 149 e ss; BIN, *Gruppi di società e diritto commerciale*, Contr. impresa 1990, 507 e ss; PREITE, *Abuso della maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, Tratt. Delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino 1993, 3, II, 3 e ss.; BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, Giur. comm. 1992, I, 218 e ss.; DENOZZA, *Modalità di esercizio del controllo e corretto funzionamento del mercato*, in AAVV, *I Gruppi di società*, II, cit., p. 1147; RONDINONE, *Contro una normativa societaria speciale per i gruppi a struttura gerarchica*, in AAVV, *I gruppi di società*, III, cit., 1947; SCOGNAMIGLIO, *Prospettive della tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, Riv. soc. 1995, I, 420 e ss.; U. PATRONI GRIFFI, *Governo e responsabilità nei gruppi di imprese*, Zurigo 2000, p. 115 e ss.

Nel senso, invece, che si debba compiere una valutazione più ampia, che tenga conto dell'interesse del gruppo (si badi che anche in questo caso le sfumature tra l'una e l'altra posizione sono numerose, ed è per comodità di sintesi che si sono così raggruppate): MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, Contratto e impresa 1986, 729 e ss.; LIBONATI, *Gli atti compiuti dalla società controllata a favore della società controllante*, Riv. dir. comm. 1989, II, 220 e ss.; GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto*

prospetti un conflitto di interessi tra l'interesse della società figlia e quello della società madre, la teoria detta dei *vantaggi compensativi*, in virtù della quale l'operazione assunta in conflitto di interesse con la società non deve essere valutata isolatamente, ma nel più ampio quadro dei rapporti infra-gruppo, verificando concretamente se a fronte dello svantaggio provocato da quella singola operazione non si produca alcun altro effetto positivo per la società. Soltanto nel caso di assenza di altri vantaggi l'operazione potrà essere considerata assunta in conflitto di interesse con la società figlia e dunque si potrà discutere della validità dell'impegno preso dagli amministratori in nome della società. Altrimenti il conflitto dovrà essere considerato come non esistente.

A mio avviso questa impostazione può essere condivisa se utilizzata nel momento successivo al compimento dell'operazione, per valutare in concreto se l'attività posta in essere dagli amministratori abbia o meno arrecato danno alla società, ma non può valere per escludere l'esistenza di una situazione di conflitto di interesse e l'applicabilità della disciplina dettata dall'art.2391 cod. civ., soprattutto nei casi in cui il controllo della società madre sulla figlia non sia totalitario e vi siano dei soci terzi, estranei al gruppo.

Il fatto stesso che la teoria dei vantaggi compensativi abbia fra i suoi presupposti la produzione di un pregiudizio in capo alla società figlia, che dovrebbe poi essere compensato da un vantaggio derivante da altra operazione, fa ricadere a mio avviso la fattispecie nell'ambito della generale situazione dettata dall'art.2391 cod. civ., con la conseguente necessità di far scattare l'obbligo di comunicazione e l'obbligo di astensione per tutti gli amministratori che abbiano ricevuto istruzioni dalla capogruppo. Lo stesso discorso mi sembra debba valere anche per l'impugnabilità delle deliberazioni consiliari, salvo valutare poi in concreto la reale dannosità della singola deliberazione.

dell'impresa di gruppo, Contratto e impresa 1990, 401 e ss.; GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, Giur. comm. 1993, I, 841 e ss.; FERRO LUZZI – MARCHETTI, *La disciplina del gruppo creditizio*, Riv. soc. 1992, 786 e ss.; COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in AAVV, *I gruppi di società*, cit., II, 1073 (sebbene con posizione molto cauta e critica nei confronti di eccessive semplificazioni tendenti a far prevalere in ogni caso l'interesse del gruppo); SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, Milano 1999.

Per una sintesi delle differenti posizioni v. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, op. cit. e id. *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, op. cit. ed anche ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, Giur. comm. 1997, I, 698 e ss. in particolare 716 e ss.

Resta ferma la responsabilità degli amministratori, anche se la teoria dei vantaggi compensativi, come si è detto, potrà portare a negare questa responsabilità nel caso concreto per assenza di danno. Infatti, nell'ipotesi in cui l'operazione voluta dagli amministratori, pur avendo comportato un pregiudizio, abbia ricompensato la società con altri vantaggi e questi nel bilancio finale risultino maggiori rispetto agli svantaggi, è chiaro che non vi sarà alcun danno che potrà essere imputato agli amministratori.

In altri termini, al di là delle definizioni fornite e dei tentativi di dottrina e giurisprudenza di risolvere la questione delle operazioni infragruppo compiute dagli amministratori delle controllate in conflitto di interessi, mi sembra che la teoria dei vantaggi compensativi prospetti una soluzione concreta per il caso in cui, al termine di una valutazione complessiva, risulti che in fondo non si siano prodotti danni in capo alla società, e presupponga dunque una analisi compiuta *ex post*.

La teoria dei vantaggi compensativi è stata espressamente richiamata dalla giurisprudenza per la prima volta in Cass. 5 dicembre 1998, n.12325 (Giur. it. 1999, 2318 e ss.)⁽²⁶⁾, nella quale la Corte ha riconosciuto la validità delle promesse di fidejussioni rilasciate ad una banca dalla società partecipata in favore della società controllante, per obbligazioni assunte da quest'ultima nei confronti della banca stessa, sulla base della considerazione che non poteva essere escluso nel caso di specie l'interesse della controllata, poiché questa aveva beneficiato dell'attività di <<polmone finanziario>> che la controllante aveva sempre svolto nei suoi confronti. In particolare, la Corte, una volta riconosciuto che nell'ambito del fenomeno della partecipazione tra società "non può disconoscersi l'esistenza di una comune azione, ispirata ad una direzione unitaria da parte della capogruppo, che implica necessariamente un interesse (talora definito <<logica>>) di gruppo, inteso come perseguimento di scopi comuni, anche trascendenti dagli obiettivi delle singole società appartenenti all'aggregazione", ha affermato che non v'è ragione per escludere la validità delle obbligazioni che una controllata assuma a favore di altra società del gruppo o della stessa controllante-capogruppo, "salva l'ipotesi in cui esso non rappresenti, per la società medesima, un vantaggio neppure mediato o riflesso". In altri termini l'interesse della società figlia dovrà essere valutato tenendo conto di ogni altro interesse economico che sia pure in via mediata, si realizza in suo favore, grazie alla logica del gruppo. Va peraltro precisato che nel caso di specie si trattava di società partecipata al 100% dalla società capogruppo, il cui amministratore era

⁽²⁶⁾ Dove è pubblicata anche la nota di MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*.

anche amministratore della capogruppo, per cui è evidente che i soci difficilmente avrebbero potuto addossare agli amministratori tutta la responsabilità degli impegni assunti nei confronti della capogruppo, visto che erano loro stessi che avevano indirizzato l'attività della controllata nel senso indicato. Probabilmente, qualora nella compagine sociale della controllata vi fossero stati anche soci terzi, estranei alle altre società del gruppo, il conflitto fra l'interesse del gruppo e quello della singola società sarebbe apparso più evidente.

In sentenze anteriori la Corte di cassazione, pur riconoscendo il concetto di *gruppo societario*, aveva sempre ribadito l'autonomia di ciascuna società e dunque l'autonomia della valutazione che dell'interesse di ciascuna di esse doveva essere fatto ⁽²⁷⁾.

Così, ad esempio, in Cass. 13 febbraio 1992, n.1785 (Dir. fall. 1992, n.1439), dove in motivazione la Corte aveva precisato che all'unitarietà dal punto di vista economico del gruppo di società non può corrispondere pari unitarietà dal punto di vista giuridico, poiché nel nostro ordinamento permane una visione atomistica della funzione societaria. In particolare si legge in motivazione: "non esistono ostacoli di carattere giuridico a che le decisioni adottate a livello dell'organo gestorio del gruppo vengano poi attuate dalle società del gruppo. Tanto, tuttavia, a due condizioni.

La decisione delle società in conformità alle linee direttive del gruppo, devono essere assunte formalmente dagli organi delle società collegate competenti secondo le regole statutarie.

Inoltre l'interesse della società non deve contrastare con quello del gruppo, fermo restando però che, perché scatti la tutela degli interessi che alle singole società fan capo, è necessaria non solo la potenzialità del conflitto di interessi, ma l'effettività del conflitto idoneo a causare danno alla società.

In altri termini, come questa Corte Suprema ha precisato con riferimento all'ipotesi dell'*holding* (Cass. 26 febbraio 1990, n.1439)⁽²⁸⁾, il vincolo degli organi amministrativi delle società collegate agli interessi del gruppo, trova limite nel rispetto e nella tutela della società. Di conseguenza le deliberazioni degli organi amministrativi d'una società attuative delle direttive del gruppo non devono cagionare pregiudizio alla società medesima, e gli amministratori si devono astenere dall'eseguire deliberazioni ed indirizzi che possano danneggiare la società anche se favoriscano altre società del gruppo. Quindi, si può ammettere che la partecipazione

⁽²⁷⁾Per una analisi delle posizioni della giurisprudenza anche di merito v. BARBA, *Il gruppo di società nella giurisprudenza*, Contratto e impresa, 1999, 969 e ss.

⁽²⁸⁾ Giur. it. 1990, I, 1, 713 e ss.

d'una società ad un gruppo comporti la legittimità di attività che perseguono anche interessi del gruppo; certo è, tuttavia, che non si possono ritenere legittime attività che, nel perseguire interessi del gruppo, contrastino con quelli della società sino al punto da recarle pregiudizio" (29).

Ed ancora in Cass. 8 maggio 1991, n.5123 (Foro it. 1992, I, 817) dove si precisa che "la nozione di interesse sociale, come del resto quella di pregiudizio, deve essere ...valutata tenendo conto dell'autonomia soggettiva delle singole società del gruppo e dell'eventuale regolamento di interessi intersocietari attuato in base ad essa" poiché è esigenza primaria, nell'attuale sistema positivo, "tenere conto della soggettività giuridica distinta di tutte le società del gruppo e di rispettare l'interesse sociale di queste, che può essere coordinato, ma non conculcato, in vista di un interesse superiore del gruppo, il quale deve essere superiore ma non per questo confliggente rispetto a quello delle imprese collegate".

5. e) l'amministratore unico e l'amministratore delegato;

L'art.2391 cod. civ. disciplina il conflitto di interessi dell'amministratore con esclusivo riguardo all'ipotesi in cui l'amministrazione sia affidata ad un consiglio, è infatti esplicito il riferimento che la norma fa al collegio ed alla relativa deliberazione. Ciò ha portato dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi circa la disciplina applicabile nel caso in cui l'amministrazione sia affidata ad un'unica persona. Ci si è chiesti cioè se l'obbligo di non agire in conflitto di interessi sussista anche in capo all'amministratore unico e all'amministratore delegato e, in caso di risposta affermativa, quali siano le disposizioni e gli obblighi ad esso applicabili e quali siano le conseguenze che dalla sua violazione possono derivare.

L'assenza nel codice di ogni riferimento al conflitto per queste due fattispecie è certamente singolare e merita un approfondimento che, tenendo conto dell'evoluzione storica dell'istituto, possa spiegare la ragione che ha portato il legislatore a disciplinare l'ipotesi del conflitto d'interessi dell'amministratore con riferimento al solo caso dell'organo pluripersonale. Per

(29) Nel caso di specie si è negata la validità ad una fideiussione che una società controllata aveva rilasciato a favore di altra società del gruppo, proprio perché l'attività era stata in questo caso considerata pregiudizievole per la società controllata. E' bene notare che anche in questo caso la via seguita dalle corti di merito e di legittimità per invalidare l'atto è stata quella di considerare l'atto estraneo all'oggetto sociale (sul punto v. § 6.f).

fare ciò sarà bene risalire ai diretti precedenti dell'art.2391 cod. civ., nei codici di commercio del 1865 e del 1882, ed analizzare come sia avvenuto il passaggio dall'una all'altra disposizione.

Il primo passo da compiere è di individuare i principi enunciati dal legislatore del 1942 e confrontarli con quelli espressi nelle precedenti legislazioni.

Nell'art.2391 tre sono principi fondamentali enunciati:

1. la responsabilità di chi gestendo affari altrui agisca in posizione di conflitto;
2. l'annullamento dell'atto posto in essere in posizione di conflitto quale conseguenza dell'annullamento della deliberazione consiliare (principio in realtà implicito, che si ricava dal riferimento alla salvezza dei diritti acquistati dai terzi in buona fede);
3. l'esigenza di stabilità degli atti sociali, principio che trova espressione proprio nel breve termine entro il quale l'annullamento della deliberazione, e quindi dell'atto, può essere fatto valere (tre mesi).

Di questi tre principi solamente il primo era già inserito nel codice di commercio del 1882, che all'art.150 sanciva la responsabilità degli amministratori che avessero preso parte alla deliberazione assunta in conflitto di interessi senza la preventiva approvazione dei sindaci ⁽³⁰⁾.

La norma non faceva altro che codificare un principio di diritto comune adattandolo al caso della società anonima, in particolare quel principio in virtù del quale chi gestisce interessi altrui risponde del danno recato per aver agito in posizione di conflitto. Già prima della codificazione del 1882 era infatti generalmente riconosciuto da dottrina e giurisprudenza, proprio perché costituiva *ius commune*, che l'esistenza di un conflitto di interessi in capo al gestore e l'aver agito in dispregio dell'interesse alla cura del quale egli era preposto era atto di per sé negligente e quindi tale da determinare una responsabilità per i danni recati. Il principio era così radicato nell'opinione comune che nonostante non ve ne fosse traccia nel codice civile del 1882, la dottrina riteneva pacifico che esso trovasse applicazione in tutti i casi in cui il

⁽³⁰⁾ Art.150 cod. comm. 1882: "L'amministratore, che in una determinata operazione ha, in proprio nome o come rappresentante di un altro, un interesse contrario a quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori ed ai sindaci, ed astenersi da ogni deliberazione riguardante l'operazione stessa.

In questo caso, e nei casi preveduti dall'articolo precedente, quando le deliberazioni non siano state approvate dai sindaci, gli amministratori che vi hanno preso parte sono responsabili delle perdite che ne derivassero alla società".

rappresentante avesse agito in conflitto di interessi ⁽³¹⁾. Va anzi detto che in questo campo l'elaborazione dottrinale era andata ben oltre l'affermazione della responsabilità del rappresentante, giungendo ad affermare anche l'invalidità degli atti da questo posti in essere in posizione di conflitto in quanto espressione di un abuso del potere di rappresentanza. In particolare, secondo la ricostruzione effettuata da uno dei maggiori studiosi del tema, l'agire del rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato configura un'ipotesi di abuso di potere, proprio perché "il mezzo (potere rappresentativo) in sé idoneo ad una data funzione (attuazione dell'interesse del rappresentato) è impiegato invece (esercizio illegittimo) contro la funzione stessa (attuazione dell'interesse contrastante)", e di conseguenza questo esercizio anormale del potere comporta l'annullabilità dell'atto posto in essere (affetto da nullità relativa)⁽³²⁾.

(31) In verità il codice civile del 1882, pur non contenendo una norma generale sul conflitto di interessi, conteneva alcune disposizioni che imponevano dei divieti assoluti in capo a determinate persone per evitare che queste agissero in posizione di conflitto di interessi; ci si riferisce in particolare all'art.224, che sotto il titolo *Della patria potestà* faceva divieto al padre di alienare, ipotecare e compiere altre operazioni sui beni del figlio che possano recargli danno, all'art.300 che trattando della tutela vietava al tutore e al protutore di comprare o prendere in affitto i beni del minore, ed infine all'art.1457 che imponeva a determinate categorie di persone il divieto di comprare i beni che si trovavano a gestire nell'interesse altrui.

L'articolo recitava: " Non possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica, sotto pena di nullità del contratto, né direttamente né per interposte persone, il genitore, dei beni dei figli soggetti alla sua potestà; i tutori, i protutori e i curatori, dei beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela, o cura; i procuratori, dei beni che sono incaricati di vendere; gli amministratori, dei beni de' comuni o degli istituti pubblici affidati alla loro cura, salvo che, per particolari circostanze nell'atto che permette la vendita, siano autorizzati a concorrere agli incanti; i pubblici uffiziali, dei beni che si vendono sotto la loro autorità o mediante il loro intervento".

(32) L'autore cui ci si riferisce è PUGLIATTI, e il passo citato è tratto da *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in Riv. dir comm. 1936, I, 27 e ss., dove si legge "il conflitto di interessi conduce ad una posizione d'abuso (escluso quindi il difetto, ma anche il vero e proprio eccesso); anzi può dirsi che esso concreta la vera e tipica figura di abuso, e può anche dirsi la sola, se si voglia escludere la più grave forma, consistente nell'attività dolosa del rappresentante, in collusione con il terzo, a danno del rappresentato. L'abuso di rappresentanza incide sulla possibilità del legittimo esercizio dei poteri rappresentativi, e quindi non vi è dubbio che il conflitto di interessi si risolva in abuso, soprattutto perché l'attività del rappresentante, in caso di conflitto, non viene valutata con riferimento al contenuto dell'atto, nella sua esteriore fisionomia, ma piuttosto in rapporto ai moventi che stimolano l'attività stessa. E l'attività del rappresentante che mira alla realizzazione di un interesse che si opponga a quello del rappresentato, è attività illegittima quanto al fine, ed è tale appunto perché il mezzo (potere rappresentativo) in sé idoneo ad una data funzione (attuazione dell'interesse del rappresentato) è impiegato invece (esercizio illegittimo) contro la funzione stessa (attuazione dell'interesse contrastante)". Dello stesso Autore v. anche la raccolta di scritti *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965.

Vi è da domandarsi dunque perché il legislatore del 1882 avesse sentito l'esigenza di prevedere una disposizione particolare sul conflitto di interessi dell'amministratore mentre tale esigenza non aveva avuto in tema di rappresentanza. Infatti, stando a quanto si è detto, il principio di diritto comune come trovava applicazione nel caso della rappresentanza allo stesso modo poteva essere utilizzato anche nel caso particolare dell'amministratore di società anonima. La ragione della previsione dell'art.150 cod. comm. è dunque da rinvenire proprio nel fatto che l'operatività del principio generale del conflitto trovava un ostacolo nel caso in cui l'organo amministrativo fosse pluripersonale. In presenza di una pluralità di amministratori, infatti, la decisione invece che dal singolo veniva ad essere presa dall'intero consiglio con deliberazione, e questa circostanza cambiava evidentemente i termini del problema: non essendo chiaro se il conflitto, per rilevare e far sorgere una responsabilità in capo agli amministratori, dovesse riguardare tutti i componenti del consiglio o se fosse sufficiente che questo sussistesse anche solo in capo ad uno degli amministratori. Tutti questi ulteriori interrogativi che poneva l'esistenza di un conflitto in seno al consiglio di amministratore, non potendo essere risolti agevolmente sulla base del principio generale, avevano portato il legislatore a formulare l'art.150 del cod. comm. nei termini indicati, con esclusivo riferimento all'ipotesi del consiglio. Il legislatore aveva dunque posto attenzione al solo caso del consiglio perché soprattutto per questo si rendevano necessari degli adattamenti particolari.

Purtroppo l'articolo nulla diceva circa la sorte dell'atto posto in essere in esecuzione della delibera alla quale avesse partecipato l'amministratore in conflitto. La circostanza aveva provocato un'accesa disputa in dottrina fra coloro che ritenevano che, ogni qual volta un amministratore in conflitto avesse preso parte alla deliberazione, questa e il successivo atto fossero impugnabili, in quanto affetti da nullità relativa (Vivante), e coloro che invece negavano che l'atto potesse essere invalidato per il solo fatto che alla deliberazione avesse preso parte l'amministratore interessato, in quanto del potere di rappresentare la società era investito l'intero consiglio (Tartufari) ⁽³³⁾. Le due posizioni finirono per trovare un punto di incontro nella soluzione che prevalse anche in giurisprudenza, negli ultimi anni di vigore del codice, secondo la quale sia le deliberazioni che i contratti conclusi in loro esecuzione erano impugnabili solamente nel caso in cui il voto dell'amministratore in conflitto fosse risultato determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza deliberativa (cfr. Cass. Regno 25 maggio 1933, Giur.it.1933, 924)⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Cita VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano 1923, 292 e ss.; *contra* TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino 1892.

⁽³⁴⁾ L'analisi della giurisprudenza mostra un'evoluzione nell'interpretazione dell'art.150 cod. comm.: da una prima posizione di assoluta chiusura della giurisprudenza, in base alla quale si riteneva impossibile che le deliberazioni consiliari potessero essere annullate per conflitto di interessi, si passò gradualmente ad una posizione di maggiore apertura che finì

Ora il fatto che l'art.150 e le discussioni sorte intorno ad esso, si riferissero esclusivamente all'ipotesi del consiglio di amministrazione, non significava però che il principio della responsabilità codificato non fosse applicabile anche al caso dell'amministratore unico e dell'amministratore delegato, ed anzi la dottrina del tempo non sembrava avere dubbi sul punto, allorché rilevava come fosse logico che la sanzione prevista dall'art.150 avesse

con il portare ad ammettere che sia le delibera che i contratti stipulati dagli amministratori contro l'interesse della società fossero suscettibili di annullamento.

Espressione del primo orientamento è ad esempio la sentenza della Corte di cassazione di Torino del 3 aprile 1917 (Foro it. 1917, 1195 e ss), nella quale si affermò che il contratto di trasporto stipulato tra la società e il suo amministratore delegato, in qualità di rappresentante di altra impresa, fosse valido, in quanto, pur sussistendo il conflitto d'interessi con la società e quindi l'obbligo di astensione ex art.150, era tuttavia impossibile ammettere l'impugnativa, posto che l'unica azione permessa a tutela della società era l'azione di responsabilità per le perdite da questa subite. Il collegio fondò la sua decisione sia su motivazioni storico-letterali, sia su argomenti di opportunità: non solo la lettera dell'art.150 e le discussioni parlamentari escludevano un simile rimedio, ma la stessa annullabilità non sempre garantiva la piena soddisfazione dell'interesse della società che dall'operazione avrebbe anche potuto ottenere un vantaggioso guadagno. L'esclusione dell'invalidità per conflitto di interessi veniva inoltre giustificata dalla forte necessità di tutela dei degli interessi dei terzi contraenti con la società. In particolare in una sentenza del Tribunale di Milano (Trib. Milano 20 gennaio 1919, Riv. Dir. comm. 1919, II, 652) con riferimento ad una deliberazione di aumento del capitale approvata con il voto dell'amministratore, comproprietario dei beni conferiti, il collegio rigettò l'azione di annullamento intentata dai soci, in quanto il venir meno dell'efficacia della decisione e del relativo contratto avrebbe leso i diritti dei terzi, totalmente ignari delle vicende societarie.

Nei decenni successivi l'indirizzo giurisprudenziale mutò, probabilmente in considerazione dell'influenza esercitata dalla autorevole dottrina (era questa la posizione di VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, op. cit., 293 e di ASQUINI, *Conflitto di interessi tra socio e società nelle deliberazioni di società per azioni*, Riv. Dir. comm. 1919, II, 652). Dagli anni trenta in poi divenne, infatti, costante la tesi dell'impugnabilità della deliberazione del consiglio di amministrazione assunta in conflitto di interessi. Le fattispecie più ricorrenti, portate all'attenzione della giurisprudenza, erano quelle relative a contratti di mutuo, di locazione o di compravendita stipulati da soggetti che rappresentavano contemporaneamente gli interessi di tutte le parti, o perché membri dei consigli di amministrazione di entrambe le società contraenti o perché soci di alcune e amministratori di altre (cfr. Cass. Regno 25 maggio 1933, Giur. it. 1933, 924; Cass. Regno 21 gennaio 1936, n.241, Foro it. 1936, 624). Nonostante l'art.150 non accennasse all'invalidità della deliberazione, tuttavia secondo i giudici era possibile colmare la lacuna normativa, applicando analogicamente i principi generali in materia di rappresentanza e mandato, visto anche il rapporto di rappresentanza organica esistente tra la società e il consiglio di amministrazione. Si ritenne che l'azione dell'amministratore finalizzata a raggiungere il proprio esclusivo interesse personale costituisse un abuso del suo potere di rappresentare la società all'esterno, che, quindi privava l'amministratore di tale capacità. Il suo agire perciò non produceva effetti nella sfera giuridica della società, ma soltanto nella propria, rimanendo perciò la società libera da qualsiasi vincolo nei confronti dei terzi. L'azione di annullamento veniva però accolta dai giudici solo a certe condizioni: che il soggetto impugnante, in genere la società, fornisse la prova della sussistenza nel concreto del conflitto tra l'interesse personale dell'amministratore e quello della società e la prova dell'idoneità della decisione e del relativo contratto di recare danno al patrimonio sociale. L'assenza di questi requisiti, infatti, era considerata causa di carenza dell'interesse ad agire ai fini dell'annullamento.

ragione d'essere ancora più per le operazioni compiute senza una preventiva deliberazione del consiglio che per le altre ipotesi ⁽³⁵⁾. Questa interpretazione era peraltro confortata da quanto riportato nei lavori preparatori al codice di commercio, dai quali risultava chiaramente che il legislatore con l'art.150 aveva voluto riferirsi sia all'amministratore unico che al collegio ⁽³⁶⁾. Questa notazione interessa perché si vuole porre in evidenza, da un lato, che la situazione di conflitto assume la stessa rilevanza nel caso dell'amministratore unico e del consiglio di amministrazione, e dall'altro che il legislatore si è preoccupato di trattare in modo diretto solamente questo secondo caso perché era quello che poneva maggiori problemi ai fini applicativi.

La ricostruzione operata sino ad ora consente di svolgere alcune considerazioni significative anche con riguardo all'art.2391 cod. civ. Infatti, essendo questa la situazione che il legislatore del 1942 si è trovato a dover risolvere, si capisce perché, nuovamente, si concentrò unicamente sulla fattispecie del consiglio di amministrazione, lasciando quella dell'amministratore unico al diritto comune. D'altro canto, anche dalla lettura dei testi dell'epoca, appare evidente che nella redazione dell'art.2391 la principale preoccupazione fu quella di risolvere il discusso problema dell'impugnabilità delle deliberazioni consiliari, nel senso conforme alla soluzione prevalente in giurisprudenza e che il mancato riferimento all'amministratore unico fu determinato dall'assenza di problemi particolari legati a questa figura.

Per questo motivo l'art.2391 si è limitato nella prima parte a confermare le regole di procedura già previste nel codice di commercio per disciplinare la situazione di conflitto

⁽³⁵⁾ Nel senso indicato si veda per tutti DE GREGORIO, *Codice di commercio commentato*, Torino, 1938, p.362 e ss. In senso conforme VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, Le società commerciali*, p. (?).

⁽³⁶⁾ Dalla lettura dei lavori preparatori sembrerebbe proprio che nella disposizione dell'art.150 cod. comm. il legislatore si fosse voluto riferire anche all'amministratore unico. Ciò si ricaverebbe sia dal fatto che le precedenti versioni dell'articolo facevano riferimento esplicito all'ipotesi dell'amministratore unico, essendo inserito là dove si sanciva l'obbligo di comunicazione agli altri amministratori l'inciso "se ve ne sono", sia dalla considerazione ivi contenuta che il nostro legislatore non aveva voluto seguire l'esempio della legislazione belga che limitava la previsione al solo caso del consiglio di amministrazione. In particolare si legge nel commento all'art.150 a cura del MARGHIERI, con i lavori preparatori, p.304 e ss., che "In verità ci sembra preferibile la formola del nostro codice, il quale non ha limitato il divieto alle operazioni sottoposte al Consiglio di amministrazione, ma lo ha esteso anche agli atti di gestione giornaliera, pei quali la garanzia, che si è voluta assicurare agli interessi della società con questo articolo, non è inutile, potendo anche da tali atti derivare non piccoli danni alla società".

all'interno del consiglio, a ribadire la responsabilità per le perdite eventualmente causate e a prevedere, come si è detto, l'impugnativa delle delibere viziate.

Spiegata in questo modo la *ratio* della norma mi sembra che risulti chiaro, da un lato, che il mancato riferimento all'amministratore unico non lo esonera dall'obbligo di non agire in conflitto di interessi con la società, dall'altro, che per individuare la disciplina applicabile è necessario fare riferimento ai principi di diritto comune che regolano la gestione di affari altrui.

Come noto, il criterio che impronta questo istituto è quello della diligenza del buon padre di famiglia (cfr. art.1710 cod. civ.), criterio dal quale si ricava la regola generale in base alla quale chiunque nel gestire un affare altrui versi in conflitto di interesse, non è diligente se non ne dà immediata comunicazione al fiduciante, rimettendo a questo la decisione da assumere. Questo criterio, applicato al caso che ora ci interessa dell'amministratore unico, porta a concludere che anche questo, al pari dell'amministratore membro del consiglio, qualora versi in conflitto di interesse in merito ad una specifica operazione dovrà darne immediata comunicazione alla società, e per essa direi all'assemblea dei soci, affinché questa decida se autorizzare o meno l'operazione, e ciò in forza del generale dovere di diligenza che su di esso incombe ex art.2392 cod. civ.

Ed, infatti, se si ragiona per principi risulta evidente che l'obbligo di comunicare la posizione di conflitto di interessi nella quale il gestore di un affare altrui si trova (sia esso rappresentante o portatore di organo) è espressione di una regola generale di diligenza, che in quanto tale deve valere anche per l'amministratore unico. Questi, infatti, qualora versi in conflitto di interessi, per non incorrere in responsabilità, potrà scegliere tra due alternative: o astenersi del tutto dal compimento dell'operazione (ma anche dall'inoperatività potrebbero derivare dei danni alla società) o comunicare la situazione di conflitto, rimettendo la decisione all'assemblea ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Fa riferimento al caso citato del testo, in verità come ipotesi estrema, BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze 1982, p.258 e ss., il quale si schiera fra coloro che non ritengono applicabile all'amministratore delegato l'obbligo di comunicazione previsto dall'art.2391 c.c. Sul punto l'Autore afferma che "una tale interpretazione [che ammetta l'esistenza dell'obbligo di comunicazione n.d.r.] ha un senso in quanto il consigliere intenda convocare il consiglio, perché questo deliberi poi sull'operazione per la quale egli si trova in conflitto. Risultando viceversa sufficiente la sanzione del risarcimento dei danni, per la violazione del precetto di cui all'art. 1394, ove egli si limiti ad agire in conflitto, venendo, d'altro canto, superata ogni questione ove invece si astenga *tout court* dall'agire".

Naturalmente, nel caso in cui l'amministratore non dovesse rispettare tali accortezze e l'atto compiuto si dovesse rivelare dannoso per la società, questi potrà essere chiamato a risponderne.

Un ragionamento in parte diverso mi sembra debba essere fatto per l'amministratore delegato, che la dottrina e parte della giurisprudenza invece assimilano in tutto e per tutto all'amministratore unico. L'amministratore delegato, infatti, sebbene agisca autonomamente in virtù dei poteri delegatigli, resta comunque un componente del consiglio di amministrazione cui peraltro questo può in ogni momento sostituirsi; mi sembra che queste considerazioni siano di per sé sole sufficienti per affermare che le disposizioni dell'art.2391 cod. civ. debbano trovare nel suo caso diretta applicazione in quanto compatibili. Non mi sembra in questo caso necessario ricorrere all'interpretazione analogica, poiché l'art.2391 detta delle regole di comportamento proprio per l'amministratore, membro del consiglio, che si trova in conflitto di interesse. Direi dunque che anche l'amministratore delegato, quando si trovi in situazione di conflitto, sia tenuto a darne notizia agli altri amministratori ed al collegio sindacale (ai sensi dell'art.2391 cod. civ. I co.) e ad astenersi dal compiere l'operazione rimettendo al consiglio la decisione. E' evidente che la peculiarità della figura dell'amministratore delegato fa sì che l'obbligo di astensione dal voto si traduca in obbligo di non agire autonomamente e che non possa trovare applicazione nel suo caso il terzo comma dell'art.2391, relativo all'impugnabilità della deliberazione collegiale. Resta invece ferma la responsabilità per le perdite che siano derivate alla società dall'operazione di cui al secondo comma dello stesso articolo.

In giurisprudenza in questo senso si è espresso il Tribunale di Milano in una pronuncia risalente (Trib. Milano 9 giugno 1977, Giur. comm. 1977, II, 660) nella quale si riconosce la responsabilità di un amministratore delegato che, avendo agito in conflitto di interessi con una delle società alle quali era

Ritiene invece che l'obbligo di comunicazione della posizione di conflitto investa anche l'amministratore delegato, FRE', *Della società per azioni*, cit., secondo il quale "ben si può ritenere che tutte le volte in cui un amministratore si trovi in una posizione di conflitto di interessi con la società rispetto ad una determinata operazione debba sempre darne comunicazione agli altri amministratori e ai sindaci, anche se l'operazione stessa non debba essere deliberata dal consiglio di amministrazione. E diciamo subito che questa interpretazione più rigorosa sia quella che maggiormente ci convince". In senso conforme CAGNASSO, *Obbligo di rendiconto e responsabilità dell'amministratore investito di potere delegato*, Giur. comm. 1977, II, 671 e ss..

legato da un rapporto di amministrazione, aveva causato ingenti danni. E' interessante ai nostri fini quella parte della sentenza in cui si afferma che, rivestendo l'amministratore la posizione di amministratore delegato in entrambe le società coinvolte nella compravendita di azioni, e non essendovi dunque dubbi circa il fatto che le posizioni delle due società erano irriducibilmente contrapposte, "egli aveva l'obbligo di informare dell'operazione gli altri amministratori e il collegio sindacale, ai sensi della norma di legge sopra richiamata (art.2391)" (38).

Questa sentenza costituisce però un'eccezione nel panorama giurisprudenziale, nel quale, normalmente non viene affrontato il profilo interno del rapporto amministratori società, ma soltanto quello esterno dell'annullabilità dell'atto posto in essere dall'amministratore in conflitto e della sua opponibilità ai terzi. E' solo a questo aspetto, dunque, che deve riferirsi il principio generale, tralattivamente riportato in molte sentenze della Cassazione, secondo cui l'art.2391 cod. civ. trova applicazione soltanto nei casi in cui vi siano una pluralità di amministratori, essendone esclusa l'applicazione nei casi di amministratore unico e delegato, regolati dall'art.1394 cod. civ. (Cfr. per tutte Cass. 1 febbraio 1992, n.1089, Foro it. 1992, 2140 e ss., esaminata al § successivo).

6. - f) annullabilità degli atti posti in essere in conflitto di interessi ed opponibilità ai terzi: il nuovo regime imposto dagli artt.2384 cod. civ. e ss., in attuazione della prima direttiva comunitaria.

Gli atti posti in essere dagli amministratori in conflitto di interessi con la società sono annullabili.

(38) Nella sentenza si legge in particolare che "posto che (...) l'operazione considerata intercorse tra la Banca Unione e la Edilcentro, e che in entrambe le società il Bordoni rivestiva la carica di amministratore [delegato n.d.r.], non vi può essere dubbio che egli si trovava in conflitto di interessi, venendo a gestire l'affare in posizioni irriducibilmente contrapposte; perciò egli aveva l'obbligo di informare dell'operazione gli altri amministratori e il collegio sindacale ai sensi della norma di legge sopra richiamata (art.2391). Senonché il Bordoni non ha dimostrato, come era suo onere, di avere osservato tale precetto e pertanto la sua responsabilità in ordine alle perdite subite dall'attrice nell'operazione di cui trattasi deve essere affermata anche sotto questo profilo". Per la sintesi del caso oggetto della controversia si rinvia sub punto a).

Secondo la tradizionale ricostruzione di dottrina e giurisprudenza, i termini dell'azione variano a seconda che si debba annullare l'atto posto in essere dal rappresentante in esecuzione di una deliberazione del consiglio di amministrazione, o l'atto concluso direttamente dall'amministratore unico o dall'amministratore delegato, in conflitto di interessi con la società. Ed infatti, come si è accennato in fine del precedente paragrafo, è pacifico per quanto riguarda il profilo *esterno* che in presenza di una pluralità di amministratori e dunque di una deliberazione assunta in conflitto di interessi trovi applicazione il disposto dell'art.2391 cod. civ., mentre in caso di amministratore unico o di amministratore delegato, trovi applicazione il disposto dell'art.1394 cod. civ. ⁽³⁹⁾ ⁽⁴⁰⁾.

Sebbene in un primo tempo parte della dottrina avesse avanzato dei dubbi sull'applicabilità degli art.1394 e 1395 cod. civ. al caso degli amministratori, il principio è ben presto divenuto pacifico in giurisprudenza. Per giungere a questa conclusione si è, in primo luogo, negato che il rapporto organico, esistente tra una società di capitali e l'amministratore, escluda l'esistenza di un rapporto rappresentativo, circostanza che ha portato ad affermare che gli artt.1394 e 1395 cod. civ. sono applicabili anche ai rapporti fra amministratori e società di capitali (cfr. Cass. 10 febbraio 1962, n.285, Dir. fall. 1962, II, 115 ⁽⁴¹⁾; Cass. 8 ottobre 1970,

⁽³⁹⁾ Dottrina e giurisprudenza ritengono che l'art.1394 cod. civ. trovi applicazione anche nel caso in cui l'amministratore che ha la rappresentanza, pur agendo in base ad una deliberazione del consiglio, abbia una certa discrezionalità nel fissare le condizioni del contratto e verta in conflitto di interessi (è questo ad es. il caso esaminato dal Trib. Bergamo 9 luglio 1997, Fall. 1998, 741 e ss. esaminata più avanti nel testo).

⁽⁴⁰⁾ La dottrina prevalente è nel senso che le norme generali sulla rappresentanza siano applicabili anche nei casi di rappresentanza organica, a nulla ostando il fatto che per i rapporti con i terzi viga il principio di immedesimazione organica. Infatti, per quanto riguarda i rapporti interni fra amministratori e società, si ha riguardo al rapporto di servizio che lega la persona fisica-amministratore alla società, rispetto al quale è configurabile un rapporto intersoggettivo che consente di distinguere le due sfere di interesse. Sul punto si veda per tutti ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art.1394 c.c.*, in Riv. dir. comm., 1970, I, 135, il quale afferma che "l'attività di un amministratore può essere valutata sotto due profili: come esercizio della competenza dell'ufficio, la quale permette il caratteristico procedimento di imputazione degli organi di una persona giuridica; come atto inerente al rapporto di servizio, o come si dice con la più diffusa terminologia privatistica, al rapporto di gestione e quindi adempimento del dovere di tutelare l'interesse della seconda".

Ritiene invece che l'art.1394 non sia applicabile in caso del conflitto di interessi tra amministratore e società FERRI, *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, Banca, borsa, 1959, II, 35.

⁽⁴¹⁾ Nel caso di specie la Corte ritiene non riferibile alla società l'intimazione di licenziamento diretta ad un dipendente, contenuta in una lettera firmata dall'amministratore della società, in quanto risultava accertato che l'amministratore con quell'atto, apparentemente riferibile alla società, aveva perseguito l'interesse proprio anziché l'interesse sociale; tale

n.1852, Foro it. 1970, 2736 ⁽⁴²⁾). In secondo luogo si è chiarito il rapporto intercorrente fra l'art.1394 e l'art.2391, nel senso che essi si pongono in una relazione di reciproca esclusione, ciascuno avendo un proprio ambito di applicazione: l'art.2391 copre infatti ogni ipotesi in cui sussista un consiglio di amministrazione (mirando all'annullamento della delibera e del contratto concluso in esecuzione di essa), mentre l'art.1394 cod. civ. può trovare applicazione "nei casi in cui non vi sia scissione tra potere rappresentativo della volontà della società e potere deliberativo", vale a dire nei casi di amministratore unico e di amministratore delegato

circostanza era stata ritenuta dalla Corte sufficiente ad escludere la sussistenza di una dichiarazione negoziale idonea a spiegare effetti nei confronti della società.

Nello stesso senso già in precedenza Cass. 16 giugno 1961, n.1407, in Foro it. 1961, 1691.

(42) I tre soci di una s.r.l., la cui attività principale era costituita dalla costruzione di appartamenti da destinarsi alla vendita, avevano stabilito che gli ultimi appartamenti rimasti fossero venduti dalla società a ciascuno dei soci, ad un prezzo fissato in £ 75.000 al metro quadro. In esecuzione di questo accordo si era proceduto alla stipula dei preliminari di vendita. Successivamente la società era stata posta in liquidazione e uno dei soci, il quale rivestiva la carica di amministratore unico al momento della stipula, aveva sollecitato l'esecuzione del rogito definitivo. Alla richiesta si era però opposto il liquidatore il quale aveva ritenuto invalidi gli accordi intercorsi tra il socio- amministratore e la società, in quanto stipulati, a suo dire, dall'amministratore con se stesso (art.1395 cod. civ.). Il socio aveva così citato la società in giudizio per ottenere l'esecuzione in forma specifica dei preliminari stipulati.

Mentre il tribunale aveva rigettato la domanda, la corte di appello aveva trasferito ex art.2932 i due appartamenti promessi al socio, ed aveva comunque negato che ai rapporti fra amministratori e società potesse trovare applicazione l'art.1395.

La Cassazione, alla quale aveva ricorso la società, conferma la decisione dell'appello, pur registrando che la corte aveva errato nel ritenere non applicabili al caso di specie gli articoli 1394 e 1395 cod. civ. Invero in quel caso non era proprio rinvenibile il conflitto di interesse, poiché l'amministratore aveva proceduto alla stipula dei preliminari, in esecuzione dell'accordo raggiunto con gli altri soci circa le modalità e il prezzo di pagamento.

(Cass. 1 febbraio 1992, n.1089, Foro it. 1992, 2140 ⁽⁴³⁾; Trib. Napoli 1 luglio 1996, Soc. 1997, 291 ⁽⁴⁴⁾).

Fra le sentenze citate di particolare interesse è quella della Cass. 1 febbraio 1992, n.1089, nella quale la Corte, sciolto il nodo dell'applicabilità dell'art.1394 ai rapporti fra società di capitali e amministratori (richiamando gli innumerevoli precedenti), si preoccupa di affrontare il secondo punto del problema, vale a dire quello del rapporto intercorrente fra l'art.1394 e 2391. In proposito si legge nella sentenza che seppure "le due norme vogliano considerarsi regolatrici della medesima fattispecie e l'applicabilità dell'art.1394, quale norma generale, voglia ritenersi esclusa dall'applicazione dell'art.2391 quale norma speciale e settoriale, non potrebbe negarsi che la prima si applica fin dove non possa applicarsi la seconda";

⁽⁴³⁾ Nello stesso senso già Cass. 26 settembre 1969, n.3136, in Dir. fall. 1970, II, 2, nella quale la Corte afferma che l'applicazione dell'art.2391 "presuppone l'esistenza di una pluralità di amministratori e non è quindi applicabile all'ipotesi di amministratore unico. In tal caso ove si verifichi un conflitto di interessi fra l'amministratore e la società, dovrà applicarsi la disposizione di carattere generale dell'art.1394".

V. anche Trib. Milano 26 marzo 1984, Soc. 1984, II, 1011, nel quale si afferma che la giurisprudenza è ormai costante nell'affermare che l'art.1394 cod. civ. costituisce l'espressione positiva di un principio generale che trova applicazione anche in relazione al conflitto di interessi che sorge tra la società ed i suoi amministratori per gli atti negoziali compiuti da questi ultimi per tornaconto personale e con pregiudizio del patrimonio sociale. In particolare, l'azione generale prevista dall'art.1394 cod. civ. è proponibile contro gli atti pregiudizievoli del patrimonio sociale compiuti, non già attraverso una deliberazione del consiglio di amministrazione, ma per determinazione esclusiva dell'amministratore unico e senza che gli organi di controllo possano venirne a conoscenza.

⁽⁴⁴⁾ Nella sentenza il Tribunale di Napoli afferma chiaramente che le norme di cui agli artt.1394 e 2391 si pongono in una relazione di reciproca esclusione, avendo ciascuna il proprio ambito di applicazione. In particolare il Tribunale esclude che nel caso in esame la deliberazione del c.d.a. possa essere invalidata, non rinvenendosi i presupposti richiesti dall'art.2391 cod. civ.

Nel caso di specie il c.d.a. di una banca, alla presenza di un consigliere che rivestiva anche la carica di amministratore e legale rappresentante di un'altra società (la IPLAR SUD), aveva delegato il vice presidente della banca a reperire un locale da adibire ad archivio. Fra le varie proposte pervenute vi era anche quella di un locale di proprietà della suddetta società IPLAR SUD, proposta che previa perizia estimativa, veniva accettata dalla banca. Successivamente, dopo circa un anno nel corso del quale era stato stipulato il contratto di locazione e i locali erano stati utilizzati dalla banca, quest'ultima aveva citato in giudizio la società locatrice affermando che detto contratto di locazione era annullabile in quanto in contrasto con la norma generale di cui all'art.1394, ed in ogni caso perché stipulato in violazione dell'art.2391 cod.civ., avendo il citato consigliere omesso di dare notizia agli altri amministratori ed al collegio del conflitto di interessi ed avendo preso parte alle deliberazioni relative all'approvazione dell'offerta da parte della società. La Corte individuato nell'art.2391 la disposizione applicabile al caso di specie, esclude che la deliberazione del c.d.a. potesse essere in quel caso annullabile per conflitto di interessi, considerato che la deliberazione era stata assunta all'unanimità e che non aveva affatto recato danno alla banca.

pertanto posto che l'art.2391 presuppone l'esistenza di una pluralità di amministratori esso non è applicabile nell'ipotesi di amministratore unico, regolata dall'art.1394. A ciò si aggiunge poi che "lo stesso principio deve applicarsi nel caso, manifestamente sorretto dalla stessa *ratio*, in cui, pur essendovi il consiglio di amministrazione, l'operazione rientri (...) fra quelle per le quali il potere sia stato attribuito ad un amministratore delegato, che abbia perciò agito senza previa deliberazione del consiglio, con gli stessi poteri che competono all'amministratore unico"⁽⁴⁵⁾.

Ne consegue che nel caso dell'atto concluso in conflitto di interesse dall'amministratore unico o dall'amministratore delegato, legittimato all'azione sarà il *rappresentato*, dunque la società ⁽⁴⁶⁾, che potrà agire entro l'ordinario termine di prescrizione di cinque anni dalla conclusione del contratto (cfr. art.1442 cod. civ.).

Nel caso invece dell'atto concluso dall'amministratore rappresentante, in esecuzione della deliberazione del consiglio viziata perché assunta in conflitto di interessi con la società, questo potrà essere annullato soltanto

⁽⁴⁵⁾ Alla luce di quanto esposto la Cassazione ritiene applicabile l'art.1394 alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione.

Nel caso di specie l'amministratore delegato di una società aveva provveduto alla vendita di alcune unità immobiliari ad altra società, dando atto nell'atto di aver interamente incassato il prezzo. Invero l'amministratore in questione aveva stipulato il contratto al solo scopo di poter pagare i suoi debiti, utilizzando il denaro offerto in pagamento dalla società acquirente. Successivamente, posto che la società venditrice era stata messa in liquidazione e che il liquidatore aveva riscontrato che il prezzo pattuito non risultava essere stato incassato dalla società, il liquidatore aveva citato in giudizio la società acquirente chiedendo: che fosse accertato che il prezzo non era stato riscosso dalla società e che la vendita era stata simulata, e in subordine che il contratto fosse annullato in quanto concluso dall'amministratore in conflitto di interessi.

Il tribunale accoglie la domanda dell'attore dichiarando simulata la vendita; la corte di appello, invece, in riforma della sentenza di primo grado, annulla il contratto ritenendolo concluso in conflitto di interessi con la società da lui rappresentata (ex art.1394 cod. civ.). La Cassazione, alla quale era ricorso la controparte denunciando la falsa applicazione di norma di legge, conferma la decisione dell'appello ritenendo infondata la censura mossa dal ricorrente circa l'inapplicabilità dell'art.1394 al conflitto fra amministratore e società.

⁽⁴⁶⁾ Naturalmente, nel caso dell'amministratore unico, la decisione di impugnare l'atto sarà presa dall'assemblea e l'azione sarà proposta da un curatore speciale ex art.78 cod. proc. civ.. Nel caso dell'amministratore delegato, la decisione di impugnare l'atto potrà essere presa dal consiglio di amministrazione, e l'azione potrà essere proposta da altro amministratore appositamente autorizzato a promuovere l'azione dall'assemblea, laddove l'amministratore delegato fosse l'unico ad avere la rappresentanza processuale della società.

Per un caso in cui si è affermata la necessità della nomina di un curatore speciale ex art.78 cod. proc. civ., per un amministratore in conflitto di interessi, v. Cass. 24 maggio 1968, n.1569 (Dir. fall. 1968, II, 2).

nell'ipotesi in cui la deliberazione di cui esso è esecuzione sia stata tempestivamente impugnata nel termine di tre mesi indicato dall'art.2391, III co. cod. civ.⁽⁴⁷⁾. La mancata impugnazione della delibera nel breve termine di decadenza renderà quest'ultima inattuabile così come gli atti posti in essere in sua esecuzione, essendo il vizio di annullabilità oramai sanato ⁽⁴⁸⁾.

In questo senso si veda, seppure risalente, la Cass. 9 luglio 1958, n. 708 (Dir. fall. 1958, II, 647 e ss.) nella quale si coglie bene la *ratio* della breve termine di decadenza posto dall'art.2391 cod. civ. per l'impugnabilità della delibera. In particolare, nel confermare la decisione della corte di merito, la Corte precisa: "Come già questa suprema corte a sezioni unite ha avuto, infatti, occasione di affermare (sent. 3 agosto 1949, n.2150) la deliberazione adottata dal consiglio di amministrazione con il dedotto conflitto di interessi di uno degli amministratori, ai sensi dell'art.2391 cod. civ. dà luogo ad un semplice vizio del volere del processo formativo della volontà della parte, cui segue l'annullamento dell'atto, che deve essere, perciò, fatto valere a pena di decadenza, nei tre mesi di cui all'art.2391 cod. civ.. Fu già rilevato, infatti, che in tale ipotesi si determina un caso del tutto analogo a quello degli altri conflitti di interesse previsti dal codice in materia di patria potestà (...) o di contratti conclusi per mezzo di rappresentanti (...) in cui la situazione di conflitto offende solo l'interessato e dà, pertanto luogo alla mera annullabilità dell'atto così stipulato, potendo, invece dare luogo a nullità solo quando sia offeso, sia pure virtualmente, anche un interesse pubblico connesso all'atto. Lo stesso sostanziale criterio, che porta alla conseguenza della mera annullabilità, è appunto adottato dalla legge nell'ipotesi di una deliberazione consiliare cui abbia partecipato un amministratore che avrebbe dovuto astenersi, perché in conflitto di interessi con la società in ordine all'operazione deliberata, qualora, senza il voto del detto amministratore interessato non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta. In tali casi, come in quello previsto dall'art.2373 cod. civ., l'impugnabilità è ristretta, a pena di decadenza, nel breve termine di tre mesi previsto dall'art.2377 cod. civ., termine, questo, adatto non solo per evitare inconvenienti pratici, ma anche per rendere più efficace la sanzione dell'annullabilità (Relazione al testo definitivo del codice nn.980 e 975). Segue da ciò che, intervenuta la decadenza, l'azione non è più

⁽⁴⁷⁾ Per quanto riguarda la legittimazione ad impugnare la deliberazione si ricorda che l'art.2391 cod. civ. indica gli amministratori assenti e dissenzienti ed i sindaci (v. sub. § 3.c). Normalmente, se la delibera è già stata eseguita, in sede di impugnativa l'attore chiederà anche l'annullamento degli atti ad esso conseguenti.

E' evidente che, qualora ciò non abbia costituito oggetto di domanda nell'azione di annullamento della delibera, l'eventuale annullamento degli atti compiuti in sua esecuzione dovrà essere oggetto di un'autonoma domanda in separato giudizio; in questo caso sarà legittimato all'azione l'amministratore che ha la rappresentanza processuale della società.

⁽⁴⁸⁾ In questo senso v. per tutti ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art.1394 cod. civ.*, Riv. dir. comm. 1970, I, 104 e ss.

proponibile, in quanto l'azione generale prevista dall'art.1394 cod. civ. è nell'ipotesi prevista dall'art.2391 cod. civ., ristretta al caso ivi ipotizzato, sottoposto allo speciale termine più breve di tre mesi ora ricordato. Anche se, perciò, ricorresse nella specie - in tutti i suoi termini, compreso quello relativo alla negatività della prova di resistenza - la fattispecie prevista dall'art.2391 cod. civ., l'inutile decorso dei tre mesi avrebbe oramai resa l'azione improponibile. Ciò perché la mancata impugnativa della deliberazione nel termine avrebbe oramai reso acquiescente la società, attraverso gli organi eventualmente a tanto legittimati, così sanando il vizio di annullamento derivante dal supposto conflitto di interessi, nonostante il quale l'atto sarebbe stato, in ipotesi, stipulato".

Così delineati i termini delle diverse azioni che possono essere promosse nei due casi, è necessario ora affrontare l'ulteriore aspetto del profilo esterno, quello dell'opponibilità dell'avvenuto annullamento dell'atto ai terzi. Sebbene, come si è detto, le norme di riferimento prevedano due regole diverse, l'art.1394 cod. civ. subordinando l'annullamento alla conoscenza o conoscibilità del conflitto da parte del terzo, e l'art.2391 cod. civ. facendo salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede, la questione merita una trattazione unitaria ed un ripensamento a seguito dell'attuazione nel nostro ordinamento della prima direttiva comunitaria (cfr. artt.2384 e ss. cod. civ.). Come noto, la disciplina dell'opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori è stata riformulata dal legislatore del 1969, che ha limitato e reso più difficili i casi in cui queste possono essere fatte valere nei confronti dei terzi.

Come noto le uniche limitazioni che sono oggi opponibili ai terzi sono quelle derivanti dalla legge, tra le quali la dottrina dominante sembra far rientrare anche l'obbligo dell'amministratore unico (o delegato) di non agire in conflitto di interessi.

Sul punto si veda di recente Trib. Monza 24 novembre 1997 (Fall. 1998, 741 e ss.) in cui viene appunto annullato un atto di concessione di ipoteca su un immobile della società, concluso dall'amministratore unico in conflitto di interessi. Nel caso di specie l'atto viene annullato poiché il Tribunale ha accertato l'esistenza del conflitto dell'amministratore che aveva concesso ipoteca per £1.700.000.000 a favore dell'altra società di cui era amministratore, senza che a fronte di questa prestazione la società datrice di ipoteca avesse ricevuto alcuna controprestazione o vantaggio, e parallelamente ritenuto provata la riconoscibilità della situazione di conflitto da parte del terzo. A giudizio della corte il solo fatto che lo stesso soggetto risultasse amministratore sia della società datrice di ipoteca che della società debitrice,

costituiva un indice fortemente sintomatico della situazione di conflitto che non poteva sfuggire ad un terzo qualificato come un istituto di credito.

Sull'applicabilità dell'art.1394 cod. civ. si vedano tra le altre Cass. 11 agosto 1972 (Giust. Civ. 1972, I, 1993) e Cass. 22 marzo 1983, n.2012 (Foro it. 1983, I, 2171).

Va dato atto del fatto che le parti e di conseguenza la giurisprudenza, considerata la difficoltà di provare la conoscenza o conoscibilità della situazione del conflitto da parte del terzo, seguono spesso la via, là dove possibile, di considerare l'atto stipulato in conflitto di interessi come estraneo all'oggetto sociale, risultando in questo modo più agevole la prova. Secondo l'interpretazione preferibile per rendere opponibile l'atto *ultra vires* al terzo non è necessario provare l'effettiva conoscenza del fatto che l'atto superava i limiti dell'oggetto sociale, ma è sufficiente provare che questi non avrebbe potuto ignorarlo date le circostanze, prova che può essere data anche per presunzioni (cfr. anche Trib. Milano 20 ottobre 1997, Soc. 1998, 429 e ss.). Si evita così per questa via di dover fornire la più difficile prova che il terzo conosceva o avrebbe dovuto conoscere la situazione di conflitto di interesse in cui l'amministratore versava.

Per un caso in cui pur rilevandosi la situazione di conflitto di interessi dell'amministratore, si è seguita la strada dell'annullamento dell'atto in quanto estraneo all'oggetto sociale, v. Trib. Bergamo, 9 luglio 1997 (Fall. 1998, 741 e ss.). Nel caso in esame la corte rileva che pur essendosi astenuto dal partecipare alla deliberazione del consiglio di amministrazione con la quale si autorizzava in via generale la concessione di fideiussione a favore di altra società, della quale l'amministratore astenutosi era socio di maggioranza, questi aveva tenuto un comportamento contrario ai canoni di diligenza dettati dall'art.2391 cod. civ.: egli, infatti, da un lato aveva influenzato i consiglieri illustrando loro come la possibilità di prestare fideiussioni rientrasse nell'oggetto sociale della società, prima di dichiarare di essere in conflitto di interesse, dall'altro aveva materialmente concluso il contratto di fideiussione, determinandone il contenuto specifico autonomamente e dunque modellandolo in base al proprio interesse. Al momento di affrontare l'aspetto dell'elemento soggettivo del terzo, per valutare l'opponibilità dell'atto, il Tribunale fa riferimento all'art.2384 bis cod. civ., precisando che occorre valutare non tanto se la banca che prestò la fideiussione fosse o non fosse a conoscenza dei vizi che inficiavano la delibera in esame, quanto se l'ignoranza della stessa in ordine ad essi fosse scusabile o meno. In proposito si legge: "Orbene, che la Banca in questione non possa essere ritenuta terzo di buona fede, deriva dalla particolare qualificazione di detto contraente come istituto di credito, che appunto, dispone di particolari strumenti, a differenza del comune privato, per valutare tutti gli aspetti delle operazioni che viene compiendo. Nel caso di specie, l'istituto ben avrebbe potuto conoscere l'identità di persona dei due presidenti del consiglio di amministrazione delle società in oggetto e, altrettanto

facilmente, avrebbe potuto rilevare l'estraneità all'oggetto sociale concretamente posto in essere dalla Lantana s.r.l. della fideiussione prestata".

Per quanto riguarda invece tutte le limitazioni al potere degli amministratori poste dall'atto costitutivo o dallo statuto, cui la giurisprudenza equipara anche i casi di dissociazione tra potere deliberativo e di rappresentanza (situazione che si verifica proprio in caso di esecuzione di deliberazione in conflitto di interessi), si esclude che queste possano essere opposte ai terzi, a meno che non si provi che questi abbiano *intenzionalmente agito a danno della società* (49).

Ora, la rilettura della disciplina dell'opponibilità ai terzi dell'annullamento degli atti posti in essere dagli amministratori in conflitto di interessi con la società, alla luce del nuovo principio introdotto in attuazione della prima direttiva comunitaria, consiglierebbe, a mio avviso, di far prevalere in entrambi i casi esaminati, il criterio più rigoroso della inopponibilità dell'invalidità ai terzi, fatti salvi i casi in cui la società sia in grado di provare che questi hanno intenzionalmente agito a danno della società.

Questo principio, che è oramai pacifico per il caso nel caso dell'amministratore che abbia dato esecuzione alla deliberazione assembleare viziata - essendo indiscusso come si è visto che il secondo comma dell'art.2384

(49) Sul significato da attribuire all'aver agito intenzionalmente a danno della società si ricorda che dottrina e giurisprudenza dominanti ritengono che per rendere opponibile la limitazione non sia sufficiente la semplice mala fede, intesa come conoscenza o come colpevole ignoranza, ma sia richiesto un *quid pluris* nell'atteggiamento del terzo che in buona sostanza coincide con il concetto di dolo generico previsto dal codice penale; ciò significa che, per rendere opponibile la limitazione al terzo la società dovrà provare "la coscienza e volontà del terzo di stipulare col rappresentante, sfornito di poteri, un *quid* dal quale possa derivare oggettivamente danno alla società", in questi termini Cass. 10 agosto 1988, n.4914 (Dir. fall. 1989, II, 365).

Sul punto in dottrina, senza pretesa di completezza, si v. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società*, op. cit., 206 e ss., ove altri riferimenti; COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova 1995, 530; DI SABATO, op. cit., 457; CABRAS, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza nelle società per azioni*, Riv. Dir. comm. 1973, I, 359. Minoritaria è la posizione di coloro che ritengono che *l'exceptio doli* possa essere fatta valere solamente in presenza di un accordo fraudolento fra il terzo e l'amministratore, diretto a trarre un illecito vantaggio dalla regola della inopponibilità dei limiti statutari. E' questa la posizione di GALGANO, *Diritto commerciale*, op. cit., 239-240, e su della stessa opinione sembra essere BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1992, 108.

cod. civ. trovi applicazione anche nei casi di dissociazione tra potere deliberativo e potere di rappresentanza - stenta ad affermarsi nel caso dell'amministratore unico e dell'amministratore delegato che abbiano agito in conflitto di interessi con la società, poiché dottrina e giurisprudenza sono solite ricomprendere il divieto di agire in conflitto di interesse con la società nell'ambito delle limitazioni previste dalla legge e dunque ritenere tale limitazione sempre opponibili ai terzi. Al di là della discutibilità di questa affermazione (su cui si rinvia al Cap. XV, § 3) - dovendo a mio avviso rientrare nell'ambito delle limitazioni di legge soltanto i casi in cui la legge esplicitamente vieti che gli amministratori compiano determinate azioni, come ad es. nel caso del divieto di nuove operazioni dopo che si sia verificata un'ipotesi di scioglimento della società (art.2449 cod. civ.) o quello del divieto di acquisto di azioni proprie oltre i limiti indicati dall'art.2357 cod. civ. - non mi sembrerebbe coerente con il principio che si è voluto introdurre nel nostro ordinamento, negare l'opponibilità di limitazioni, che comunque risultano pubblicate nell'atto costitutivo e delle quali il terzo con una certa diligenza potrebbe avere contezza, ed escludere invece lo stesso grado di tutela per il caso del conflitto di interesse, che legittimamente anche il più diligente dei terzi potrebbe ignorare. Si pensi, a titolo di esempio, al caso di un amministratore unico di società che, essendo anche socio di maggioranza di altra società concorrente, agendo in conflitto di interesse con la società che rappresenta, alieni ad un terzo un bene fondamentale per la sua produzione, proprio allo scopo di danneggiarla a vantaggio della seconda società della quale è socio. Ora, il terzo entrato in contatto con la società, che pure diligentemente abbia preso visione dell'atto costitutivo della società e dei poteri da esso attribuito all'amministratore, non si sarebbe in alcun modo potuto avvedere della posizione di conflitto in cui esso versava. Mi chiedo allora perché a questo terzo dovrebbe essere riservato un trattamento meno favorevole rispetto a quello che si riserva al terzo che non si sia avveduto di una limitazione che era addirittura contenuta nello statuto.

Passiamo ora brevemente al contenuto della disposizione.

Quanto alla scelta politica di eliminare il controllo preventivo del giudice sugli atti societari, la scelta è certamente una di quelle che erano state prospettate come possibili e condivisibili. E ciò sia perché l'istituto dell'omologazione, come è stato più volte detto, ha tutto sommato esaurito la sua funzione, essendo nato per la tutela di interessi che oggi non sono più messi in discussione, come la costituzione di persone giuridiche private in

campo commerciale, sia perché come si è fatto cenno in apertura, l'eliminazione dell'intervento pubblico del giudice nella costituzione e modifica delle società di capitali è in linea con la generale tendenza alla privatizzazione del diritto commerciale ed alla diminuzione degli interventi diretti e tutori dello Stato nell'attività economica dei cittadini.

L'eliminazione del controllo preventivo del giudice sugli atti societari appare dunque come una scelta condivisibile.

Ciò che non è chiaro è però perché, una volta maturata questa convinzione il legislatore non abbia portato avanti fino in fondo la propria scelta, ed abbia voluto mantenere il controllo del giudice, anche se in via meramente eventuale, per il caso delle modifiche statutarie.

Non sembra che tale scelta possa trovare giustificazione in particolari esigenze di tutela della società e dei soci. E' infatti oramai pacifico che il notaio, una volta aperta la seduta assembleare, e salvi i casi rarissimi in cui non si possa proprio parlare di assemblea (cioè quelli in cui si configuri proprio un'inesistenza della stessa), sia tenuto a verbalizzare quanto avvenuto nel corso della seduta. Quanto al momento successivo è certamente possibile che il notaio si rifiuti di chiedere l'iscrizione perché non ritiene adempite le condizioni richieste dalla legge. Ma va tenuto presente che queste ipotesi, intanto dovrebbero essere abbastanza rare, poiché nella maggior parte dei casi il notaio è già a conoscenza dell'operazione che si andrà a compiere ed avrà dunque già espresso una sua valutazione, e poi nei casi in cui dovesse verificarsi questa divergenza di opinioni, qualora i soci e la società dovessero essere convinti dell'illegittimità della decisione del notaio potrebbero trovare tutela rivolgendosi ad altro professionista ed agendo in via ordinaria per ottenere ristoro dei danni arrecati dall'illegittimo comportamento del notaio. Non vi è dubbio che un eventuale ritardo provocato dall'errata valutazione del notaio configurerebbe quanto meno una responsabilità del professionista nei confronti della società e dei soci.

Non sembra che la scelta possa essere giustificata neanche del timore inverso, cioè quello che l'assenza del controllo del tribunale possa determinare una *race to the bottom* alla ricerca del notaio meno scrupoloso nella valutazione dell'esistenza delle condizioni richieste dalla legge. Tale timore, infatti, se ritenuto fondato avrebbe dovuto sconsigliare del tutto la scelta di fondo e non portare alla ricerca di presunti correttivi. Meglio sarebbe stato, dunque, a mio avviso eliminare del tutto il giudizio di omologazione sugli atti societari.

Quanto al contenuto della disposizione non vi è dubbio che il punto fondamentale della norma, che oggi deve essere interpretato, è quello che attribuisce al notaio il compito di verificare l'esistenza delle condizioni richieste dalla legge. Deve essere chiarito quale sia la funzione che il notaio è oggi chiamato a svolgere dopo aver verbalizzato la deliberazione assembleare.

A mio avviso la questione interpretativa si pone solamente per la nuova funzione individuata in sede di modifiche statutarie e non per la fase costitutiva, dove, in assenza di indicazioni particolari, non vi è ragione per attribuire al notaio un compito diverso o ulteriore rispetto a quello che egli già svolge in qualità di pubblico ufficiale incaricato di redigere l'atto pubblico.

Da segnalare la svista del legislatore che, nell'attribuire ai soci, in assenza di iniziativa degli amministratori, il potere di adire direttamente il tribunale per richiedere l'omologazione, non ha indicato un termine ulteriore rispetto a quello di trenta giorni assegnato agli amministratori.

Un'altra questione sulla quale andrà presa una posizione è quella dell'individuazione del momento in cui la deliberazione soggetta ad iscrizione inizia a produrre gli effetti c.d. interni. Come noto, infatti, prima dell'approvazione della legge 340 del 2000 l'opinione prevalente in giurisprudenza (anche se fortemente criticata dalla dottrina) era quella che queste deliberazioni producessero immediatamente gli effetti interni sin dalla data della loro assunzione, potendo però venire meno retroattivamente nel caso in cui venisse negata l'omologazione da parte del tribunale. La soluzione oggi consigliabile potrebbe essere quella di subordinare la produzione degli effetti alla richiesta di iscrizione da parte del notaio.

Molto importante è, infine, la presa di posizione netta del legislatore in ordine al tipo di controllo che l'Ufficio del registro deve svolgere, essendo esplicitamente indicato che tale Ufficio deve verificare la sola regolarità formale della documentazione prodotta prima di procedere all'iscrizione nel registro delle imprese. La chiarezza con la quale il legislatore ha indicato tale punto sembra volere evitare che, una volta eliminato il controllo preventivo di natura sostanziale da parte del giudice, quello stesso controllo possa essere ora rivendicato dall'ufficio del registro delle imprese. Impostazione che, nonostante le aspre critiche della dottrina, era stata portata avanti più volte dalla giurisprudenza di merito.