

Studies in Law & Social Sciences

4

I poteri privati e il diritto della regolazione

A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca

a cura di

Pietro SIRENA e Andrea ZOPPINI



Roma TrE-Press

2018

L'opera è stata pubblicata grazie al contributo del Centro di eccellenza in diritto europeo "Giovanni Pugliese" dell'Università degli studi di Roma Tre.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press* ©
Roma, giugno 2018
ISBN: 978-88-94376-31-9
<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

Coordinatore

ANDREA ZOPPINI

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.

Martina D'Onofrio

L'esportabilità della disciplina del dolo incidente a tutela del socio di minoranza danneggiato dall'abuso di potere della maggioranza

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Un caso concreto di 'abuso' – 3. L'abuso di potere come violazione di buona fede e correttezza: i limiti al potere della maggioranza assembleare – 4. Tutela risarcitoria per la violazione di correttezza e buona fede – 5. Il danno: la lesione delle «ragionevoli aspettative».

1. *Introduzione*

Nel novero di quelle che Cesare Massimo Bianca definisce «autorità private», che si configurano nei casi in cui un privato abbia il «potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni»¹, un ruolo di primo piano è senz'altro giocato dalla maggioranza assembleare, che lo stesso Autore menziona tra le «autorità di diritto», in quanto titolare del potere di imporre gli effetti giuridici delle proprie determinazioni sull'intero organismo sociale².

Riprendendo un'osservazione dello stesso Bianca, una volta assodata la compatibilità della posizione delle «autorità private» con il principio di uguaglianza³, questione di rilievo diventa comprendere i confini del potere privato, nonché, di conseguenza, gli strumenti di tutela a favore di coloro che a esso sono sottoposti⁴.

Si intende dunque in questa sede soffermarsi sul potere della maggioranza assembleare nelle società di capitali, in particolare sull'estensione di tale potere, nonché sui rimedi esperibili qualora suddetta maggioranza

¹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 4.

² C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 16 ss.

³ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 5 ss.

⁴ Su tale giudizio di compatibilità si rinvia a C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 46 ss. Più in generale, sul rapporto tra poteri privati e diritti fondamentali nell'ordinamento italiano, si veda G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Torino, 1970, p. 99 ss.

dovesse abusarne⁵: si focalizzerà specificamente l'attenzione sui 'doveri di comportamento' che delimitano il potere dei soci di maggioranza nel procedimento assembleare e sulla tutela a favore dei soci di minoranza, concentrandosi in particolare sulla configurabilità del rimedio risarcitorio a seguito di comportamenti contrari a buona fede e correttezza.

2. *Un caso concreto di 'abuso'*

Nella trattazione del tema appena introdotto s'intende muovere da un caso concreto su cui è intervenuto un lodo arbitrale dato in Verona, 25 marzo 2017 (inedito): Alfa S.r.l., i cui soci erano riconducibili a due blocchi familiari, era amministrata dal socio Tizio che, dopo due anni di gestione (proficua, stando a quanto emerge dai bilanci della società), proponeva di appaltare a terzi la gestione di una (e una sola) porzione dell'attività sociale, nel caso di specie la conduzione del bar. La scelta di affidarne la concreta gestione a un operatore esperto nel settore era motivata da ragioni di efficienza. I soci riconducibili all'altro blocco familiare rispetto a quella di cui Tizio era espressione, i quali detenevano la maggioranza del capitale sociale, decidevano nel corso di un'assemblea di revocare Tizio ed eleggere *ex novo* un consiglio d'amministrazione. L'assemblea deliberava inoltre di affittare l'azienda (a un prezzo calmierato), appaltando altresì la gestione di tutte le attività della società alla neocostituita S.r.l.s. Beta. Quest'ultima, che avrebbe anch'essa già avanzato un'offerta per aggiudicarsi la gestione del bar, era partecipata e amministrata da figli di alcuni soci di maggioranza di Alfa, molto giovani e senza alcuna esperienza nel settore della ristorazione.

In sede assembleare, i soci di maggioranza non davano minimamente ascolto ai soci di minoranza, rifiutando *tout court* di prendere in considerazione le concrete proposte di questi ultimi, i quali avevano altresì portato all'attenzione dell'assemblea preventivi di potenziali gestori dell'attività di bar. I soci di maggioranza nella discussione assembleare occultavano altresì le condizioni della presunta proposta di Beta, che in sede istruttoria si rivelava mai ufficialmente avanzata da parte di quest'ultima. In altre parole, quella che era stata presentata come proposta della società Beta altro non era se non la scelta dei genitori, soci di maggioranza, di affidare

⁵ Sul potere della maggioranza assembleare nell'esplicazione della propria attività di decisione si è soffermato C. HOFFMANN, *Private Macht im Gesellschaftsrecht - Die Macht der Mehrheit*, in F. MÖSLEIN (Hrsg.), *Private Macht*, Tübingen, 2016, p. 362 ss.

la gestione del bar ai figli, così frustrando ogni occasione di partecipazione effettiva della minoranza - appartenente ad altro gruppo familiare - al procedimento che aveva condotto all'assunzione delle delibere.

I soci di minoranza decidevano così di proporre azione per l'annullamento della delibera per 'abuso' o 'eccesso' di potere della maggioranza (richiamando altresì l'ipotesi del conflitto d'interessi), nonché per il risarcimento del danno conseguente al comportamento di malafede dei soci di maggioranza.

L'arbitro in sede di decisione rigettava la domanda di annullamento per abuso di potere e negava il conflitto d'interessi, ritenendo che la motivazione di voler mantenere una gestione familiare della società adottata dai soci di maggioranza a sostegno della propria scelta precludesse il rimedio di cui all'art. 2373 c.c., poiché l'interesse personale non sarebbe stato *tout court* contrario a quello della società⁶. Per quanto riguarda la domanda risarcitoria, l'arbitro riconosceva invece la censurabilità del comportamento dei soci maggioritari, determinando in via equitativa un risarcimento a loro favore.

3. *L'abuso di potere come violazione di buona fede e correttezza: i limiti al potere della maggioranza assembleare*

Non ci si occuperà in questa sede dei confini posti al potere della maggioranza dalle disposizioni codicistiche che regolano i lavori assembleari e dai motivi d'impugnabilità delle delibere; ci si soffermerà invece sui limiti che la giurisprudenza ha tracciato per arginare il potere della maggioranza muovendo dall'elaborazione della figura dell'abuso del diritto.

I vizi di abuso di maggioranza ed eccesso di potere (le due espressioni sono spesso usate in maniera pressoché endiadica dalla giurisprudenza⁷) sono stati presi in considerazione ai fini dell'annullamento delle delibere nell'ipotesi

⁶ Perché si configuri un conflitto d'interessi con le conseguenze di cui all'art. 2373 c.c. è infatti necessario per giurisprudenza consolidata - cfr. per es. Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, citata dallo stesso lodo da cui si è partiti - che la divergenza tra l'interesse del socio e l'interesse della società sia «tale per cui il socio non può realizzare l'uno se non sacrificando l'altro».

⁷ Le due figure sono sostanzialmente equiparate, salvo alcuni casi, tra cui si veda, ad esempio: Trib. Milano, 11 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 1897, ove si distingue tra 'eccesso' e 'abuso' di potere nel senso che «ricorre la prima figura nel caso di mancata corrispondenza tra quanto deliberato ed il fine sociale, con prospettiva di danno a carico della società, e che ricorre invece la seconda figura nel caso di delibera (pur nell'alveo del fine sociale, ma) motivata da finalità oppressive della minoranza e con prospettive di danno a carico dei soci prevaricati».

in cui la decisione votata dai soci di maggioranza non trovasse alcuna giustificazione nell'interesse sociale, ovvero quando questa avesse il solo scopo fraudolento di ledere interessi degli altri soci, oppure risultasse preordinata ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza⁸. Hanno trovato spazio entro gli estremi di questa figura, ad esempio, i casi in cui l'aumento di capitale era unicamente finalizzato a diluire la consistenza percentuale della partecipazione della minoranza⁹.

Passando brevemente in rassegna le fattispecie di 'abuso di maggioranza' e di 'eccesso di potere' agevolmente si evince come esse siano state inquadrate da dottrina e giurisprudenza quali *species* del più ampio *genus* dei comportamenti contrastanti con i principi di correttezza e buona fede¹⁰.

I medesimi principi - derivanti dalla natura essenzialmente contrattuale delle regole che reggono l'organismo societario¹¹ - intervengono infatti a integrare il contratto sociale e le sue inevitabili lacune, imponendo alla maggioranza un comportamento che rispetti l'equilibrio degli interessi tra le parti¹². La maggioranza nell'espressione del proprio potere si trova così sottoposta a doveri ulteriori e complementari rispetto a quelli previsti dalle norme codicistiche che regolano l'assemblea.

⁸ La sentenza che ha aperto la strada a questa figura è Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss. Così Cass., 17 febbraio 2012, n. 2334, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1443 ss. In dottrina, si vedano, tra i molti, V. SALAFIA, *L'eccesso di potere nell'approvazione delle delibere assembleari*, in *Soc.*, 2015, p. 835 s.

⁹ Si veda, per es. Trib. Como, 1 giugno 2000, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 125 ss., con nota di C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*.

¹⁰ Nella recente giurisprudenza di merito, illustra ed elenca le diverse ipotesi in cui si scorge un abuso di maggioranza Trib. Roma, 21 luglio 2015, n. 15923, in *Banca dati Sole 24 Ore*. Si vedano altresì, *ex pluribus*: Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387; Cass., 19 aprile 2003, n. 6361. In dottrina, si veda F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 290 s.

¹¹ La natura contrattuale sottesa all'ordinamento societario è sottolineata da W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, p. 54. Così anche M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, p. 113. In ogni caso i doveri di buona fede e correttezza si ritengono doversi applicare a tutti i rapporti obbligatori, cfr. sul punto A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle Società per Azioni*, Milano, 1987, p. 75 ss.; C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, cit., p. 145.

¹² In questo senso: Cass., 17 luglio 2007, n. 15950. Recentemente, Trib. Roma, 31 marzo 2017, ha stabilito che il canone della buona fede in senso oggettivo è «finalizzato al temperamento degli opposti interessi i quali, nel dinamismo proprio dell'ordinamento societario, sono destinati a trovare adeguata composizione nell'ambito del procedimento deliberativo».

4. Tutela risarcitoria per la violazione di correttezza e buona fede

Se - come testé visto - gli abusi di potere della maggioranza hanno assunto rilevanza ai fini dell'annullamento delle deliberazioni, si deve al contempo registrare un tendenziale atteggiamento restio nei confronti della c.d. tutela reale, nonché una corrispondente apertura verso la c.d. tutela obbligatoria¹³. L'estensione oltre misura della prima contribuirebbe infatti a minare la stabilità delle decisioni assembleari, mettendo in crisi la certezza del diritto.

In questo contesto pare opportuno indagare se e in quale misura i principi di buona fede e correttezza possano intervenire ad arginare il potere decisionale della maggioranza con riguardo a comportamenti che - seppur non integranti gli estremi che conducono all'annullamento della delibera - siano censurabili sotto il profilo puramente risarcitorio in quanto lesivi delle «legittime aspettative della compagine societaria»¹⁴. Nel caso concreto di cui al lodo, qualora non dovessero configurarsi i rigorosi estremi previsti per la caducazione della delibera, le fattispecie di abuso già prese in considerazione dalla giurisprudenza non sarebbero utili a reprimere i comportamenti dei soci di maggioranza in assemblea in danno della minoranza, lasciando così un vuoto di tutela nei confronti di quest'ultima.

Già Bianca nella sua opera, occupandosi della compatibilità dei poteri privati con il principio di uguaglianza, alla luce di quest'ultimo ritenne legittimo il potere del gruppo di decidere nell'interesse comune solo nella misura in cui siano rispettati i diritti di partecipazione del singolo all'organo deliberante, ciò infatti «giustifica l'assoggettamento alla decisione della maggioranza come assoggettamento a una decisione comune scaturente dal

¹³ Così osservano R. WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Soc.*, 2003, p. 279; F. D'ALESSANDRO, *Tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 709; F. DI GIROLAMO, *Regole di validità e regole di condotta: a valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 555 ss.; A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 881 ss.

¹⁴ Fa riferimento ai legittimi interessi del singolo socio Trib. Monza, 16 settembre 2011, *Pluris*. In dottrina, la stessa configurazione è condivisa da M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., p. 167 ss.; F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 289 ss. Configura la frustrazione delle legittime aspettative dei soci come fondamento del rimedio risarcitorio G. FRISOLI, *La clausola generale della buona fede in ambito societario*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 87 ss. A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle Società per Azioni*, cit., p. 75, sottolinea la necessità che «l'azione di tutti coloro che hanno il potere di incidere sullo svolgimento dell'attività sociale deve assicurare il rispetto delle legittime aspettative di tutti i soci».

concorso dei membri del gruppo»¹⁵.

Orbene, quello rappresentato appare un caso emblematico, in cui l'atteggiamento dei soci di controllo in assemblea interviene a reprimere il diritto di partecipazione effettiva dei soci di minoranza, determinando la frustrazione delle loro ragionevoli aspettative. Si realizza in questo modo una peculiare fattispecie di abuso di maggioranza nell'ambito del procedimento assembleare¹⁶. Un simile abuso, che va a minare gli stessi presupposti giustificativi della legittimazione del potere privato della maggioranza, non rimane tuttavia privo di sanzioni.

I doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., che integrano il contratto sociale¹⁷, non solo regolano le relazioni tra la società e i soci, bensì intervengono anche a presidiare i rapporti intersoggettivi tra questi ultimi¹⁸. Una condotta della maggioranza simile a quella descritta nel caso di specie si configura come lesione dei suddetti principi nell'ambito delle relazioni tra i soci¹⁹.

In conseguenza di tale violazione, nel caso oggetto del sopra menzionato lodo viene fornito a tutela del socio di minoranza un rimedio che si muove

¹⁵ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 19.

¹⁶ F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 243. C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, cit., p. 147 s., osserva come l'art. 1175 c.c. imponga un «dovere di lealtà a carico di tutti i soci, che saranno obbligati, nei loro reciproci rapporti, a preservare gli interessi degli altri consociati».

¹⁷ Come afferma Cass., 17 febbraio 2012, n. 2334, cit., «i canoni della correttezza e della buona fede presidiano l'esecuzione del contratto sociale».

¹⁸ Il principio di fedeltà nei rapporti intersoggettivi è riconosciuto anche dalla giurisprudenza tedesca. Si veda *in primis*: BGH, 1 aprile 1953, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, XXIX, p. 163.

¹⁹ M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., p. 138, afferma a chiare lettere che «nell'esercizio del potere colui che ne è investito è soggetto alla regola dell'esecuzione in buona fede di cui all'art. 1375 cod. civ.». L'estensione dell'ambito applicativo dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti tra i soci è affermata da D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, III.2, Torino, 1993, p. 74 s.; ID., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 85 s.: «è senz'altro da favorire una interpretazione che riconosca un vincolo di buona fede anche in capo ai singoli soci, con un conseguente obbligo di risarcimento dei danni a carico della maggioranza assembleare»; F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 290. In giurisprudenza, ciò si ritrova già in Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, cit., in cui si stabiliva che «l'esistenza di un dovere di lealtà e di correttezza a carico dei soci, nei loro reciproci rapporti, è desumibile, oltre che dalla disciplina generale del diritto delle obbligazioni anche dalle norme che più direttamente riguardano il diritto delle società».

su un livello diverso rispetto a quello della validità degli atti²⁰.

I presupposti dell'annullamento sono infatti piuttosto stringenti, sicché si riscontrano solo in casi specifici, non semplici da configurarsi²¹; nella decisione arbitrale da cui si sono prese le mosse, la maggioranza riesce a evitare l'annullamento adducendo un interesse sociale alla 'gestione familiare' dell'impresa che interviene a 'salvare' la legittimità della delibera. Il mancato annullamento di quest'ultima non deve peraltro essere d'ostacolo al riconoscimento del risarcimento del danno a favore della minoranza: tutela reale e tutela obbligatoria si muovono infatti su piani differenti²².

Quanto appena detto si ripercuote sul profilo processuale, nella misura in cui la pretesa risarcitoria - essendo avanzata contro il comportamento dannoso individuale del socio (o dei soci) di maggioranza - opera su un piano «parasociale», per cui l'accertamento dell'invalidità della delibera non rappresenta una questione pregiudiziale in senso tecnico rispetto alla domanda risarcitoria²³.

Spostando per un attimo l'attenzione sull'ordinamento tedesco, si nota come in questo contesto la giurisprudenza sia già da tempo arrivata a riconoscere l'esistenza di un *Treuepflicht* intercorrente tra i soci, inizialmente solo nelle società di persone, successivamente anche nelle società a responsabilità limitata (*GmbH*). Quest'«obbligo di fedeltà» è stato declinato dalla giurisprudenza in vari modi e, in particolare, è stata riconosciuta una

²⁰ Così M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., p. 169, secondo il quale la buona fede incide sulle «modalità concrete dei comportamenti dovuti» e che «la buona fede come criterio per la valutazione dei comportamenti esecutivi è per natura destinata a muoversi in un ambito diverso da quello della validità degli atti».

²¹ Tanto è vero che sovente la richiesta di annullamento per abuso di maggioranza viene rigettata per assenza dei presupposti specifici. Cfr. F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo 'di correttezza' sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 271.

²² In questo senso si esprime chiaramente Trib. Milano, 28 settembre 2006, *Garavoglia vs. Garavoglia*, inedita, ma menzionata e parzialmente riportata in A. STABILINI, *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2011, p. 845, secondo cui «la pronuncia di annullamento della delibera non è affatto necessaria agli effetti del risarcimento del danno che la stessa avrebbe prodotto» in quanto «la sanzione dell'annullamento attiene al piano della tutela reale, ed è funzionale a rimuovere un vincolo a carico di tutti i soci» mentre «il risarcimento, a prescindere dal permanere di detto vincolo, è funzionale a ristorare il socio, parte del contratto sociale, che dall'inadempimento dello stesso, frutto di una condotta contraria a lealtà e buona fede espressasi nella specie attraverso detta delibera, abbia riportato un danno. Si tratta di due piani di tutela distinti». Cfr. anche F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 291. Menziona il risarcimento del danno tra le possibili conseguenze della violazione della buona fede anche M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., p. 171.

²³ F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 378.

lesione del *Treuepflicht* qualora la maggioranza, nell'esercizio del suo potere (*Rechtsmacht*), non tenga conto dei legittimi interessi della minoranza. Questa lesione apre (anche) la via del risarcimento del danno a favore del singolo socio, se questi abbia subito individualmente un danno diretto²⁴.

5. *Il danno: la lesione delle «ragionevoli aspettative»*

Una volta appurata la sussistenza degli obblighi di buona fede e correttezza nell'integrazione del contratto di società, nonché la configurabilità di una tutela risarcitoria slegata dalla tutela reale, ci si deve ora focalizzare sull'entità del danno di cui si assume la risarcibilità.

Guardando alla definizione dello stesso Bianca, la buona fede si concretizza nell'obbligo «di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio»²⁵. Una violazione di quest'obbligo si configura dunque non solo nei casi in cui le Corti hanno riconosciuto l'annullamento, ma anche in ipotesi meno gravi, in cui a venire lese sono le «ragionevoli aspettative» dei soci di minoranza²⁶. Proprio in tali casi, dovrebbe trovare spazio la tutela risarcitoria, onde evitare di lasciare privi di tutela i medesimi soci minoritari²⁷. Vengono così in rilievo regole di correttezza che affiancano le regole di validità già a presidio dei diritti della minoranza contro l'abuso di potere della maggioranza.

Le intenzioni del gruppo di comando devono raffrontarsi alle esigenze o aspettative societarie della minoranza; vi è quindi la necessità di una «ponderazione fra i benefici 'collettivi' e i sacrifici 'individuali' legati

²⁴ Per un approfondimento sul *Treuepflicht* nelle *GmbH*, si vedano, tra i molti M. WINTER, *Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht*, München, 1988; H. WIEDEMANN, *Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht*, in F. KÜBLER, H.-J. MERTENS, W. WERNER (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlin-New York, 1991, p. 949 ss.; M. DREHER, *Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bei der GmbH*, in *Deutsches Steuerrecht*, 1993, p. 1632 ss.

²⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2000, p. 505.

²⁶ Utilizza questa espressione F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 243.

²⁷ Anche F. DI GIROLAMO, *Regole di validità e regole di condotta: a valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza*, cit., p. 576 s., sostiene che sia plausibile che «di fronte all'arretramento della tutela reale dei soci [...] sia lecito, allo scopo di dare un contenuto sostanziale alle forme di tutela obbligatoria oggi possibili, poter fare maggiore affidamento su regole comportamentali e, quindi, sulle c.d. clausole generali». Pare accogliere questo pensiero F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 291 il quale fa conseguire alla violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. una tutela risarcitoria.

all'attuazione concreta della delibera»²⁸, essendo punibile con il rimedio risarcitorio «l'antigiuridicità della condotta assembleare tenuta dal socio (o dalla coalizione) in posizione di influenza dominante [...] sul piano delle circostanze concrete che caratterizzano l'attuazione del rapporto societario»²⁹.

Nel caso di cui al lodo, quanto è avvenuto in assemblea, pur non esauendo i presupposti richiesti per l'annullamento della delibera (la maggioranza adduce infatti un presunto interesse a mantenere per il bene della società una gestione 'familiare' che avrebbe spinto i soci di controllo a propendere per l'affidamento dell'attività a una società facente capo ai propri figli), si ritiene possa costituire una lesione dei diritti partecipativi della minoranza, dovuta al comportamento scorretto dei soci di maggioranza, i quali non hanno permesso ai soci minoritari di esprimere le proprie osservazioni riguardo all'attività sociale, non prendendo nella benché minima considerazione le concrete proposte da questi avanzate e occultando le condizioni della presunta proposta avanzata dalla S.r.l.s. riconducibile ai figli, accettata senza indugio³⁰.

6. *La responsabilità risarcitoria derivante da una condotta scorretta: la figura del dolo incidente*

La violazione dei principi di buona fede e correttezza di cui si sta discorrendo è riferita allo stadio 'procedurale'³¹, rappresentato dalla fase dei lavori assembleari. Ciò che si va a punire sono i comportamenti attuati in quel momento, non è invece l'esito o lo scopo di tali atteggiamenti, come avviene nei casi di abuso già riconosciuti dalla giurisprudenza di cui si è detto in precedenza, nei quali ciò di cui si tiene conto è l'interesse sottostante alle 'mosse' della maggioranza³². La valutazione dinamica di tali condotte conduce così a una pronuncia di responsabilità³³.

²⁸ F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 195

²⁹ F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 195.

³⁰ F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 114, sottolinea come la condotta del socio nell'ambito del procedimento deliberativo assembleare sia potenzialmente esposta a un autonomo apprezzamento come fatto concausativo di danno.

³¹ La rilevanza della buona fede in ogni fase del procedimento negoziale è evidenziata da S. ROMANO, voce *Buona fede*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 687.

³² Dirige l'attenzione su buona fede e correttezza nel controllo 'causale' anziché 'teleologico' G. D'AMICO, *Recesso 'ad nutum', buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11 ss.

³³ G. VETTORI, *Regole di validità e responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede*

In questo modo si arriva a condannare la maggioranza al risarcimento del danno per comportamenti contrari a buona fede e correttezza tenuti nell'ambito del procedimento assembleare, che non integrino gli estremi richiesti ai fini dell'annullamento della delibera³⁴, così come avviene nel campo della responsabilità precontrattuale qualora il comportamento doloso di una parte non sia tale da condurre all'annullamento del contratto, ma ciononostante determini il sorgere di una responsabilità risarcitoria³⁵.

Come già riconosciuto da dottrina e giurisprudenza in ambito precontrattuale, si ritiene che anche nel caso di scorrettezze nel processo formativo di una delibera - da qualificarsi in termini di negozio giuridico³⁶ - debba venire in rilievo la fattispecie del dolo incidente³⁷, nella quale il medesimo comportamento scorretto rilevante ai sensi del dolo determinante, non conduce - al contrario di quest'ultimo - all'annullamento del contratto, bensì unicamente al risarcimento del danno³⁸.

Parlando di 'comportamento doloso' non si intendono soltanto gli «artifici e raggiri» tipici della figura di cui agli artt. 1439 s. c.c., ma una nozione più ampia elaborata dalla dogmatica moderna, comprendente un insieme più ampio di scorrettezze e di comportamenti contrari a buona fede³⁹, ben riscontrabili nella condotta sanzionata dal lodo da cui si sono prese le mosse (si pensi all'accettazione dell'offerta 'fittizia' della società facente capo ai figli dei soci di maggioranza, ignorando totalmente le proposte della minoranza)⁴⁰. È proprio la scorrettezza del comportamento

come rimedio risarcitorio, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss.

³⁴ Ammette questa soluzione F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo 'di correttezza' sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 272.

³⁵ Tra le numerose sentenze in tema di responsabilità precontrattuale, in via esemplificativa si veda Cass., 16 aprile 2012 n. 5965, in *Contratti*, 2012, p. 888 ss., con nota di F. VALENTI, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*.

³⁶ Il parallelo tra delibera e contratto è giustificato dalla natura negoziale della prima e dal rinvio di cui all'art. 1324 c.c., come sottolinea G. VISENTINI, *Disciplina delle società e legislazione bancaria*, Milano, 1971, p. 49.

³⁷ Ritiene applicabili gli artt. 1439 s. c.c. al procedimento formativo della delibera nel caso di condotta illegittima dei soci di maggioranza, ad esempio nelle ipotesi di inosservanza dei doveri di documentazione e informazione F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 242.

³⁸ T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli contrattuali*, Torino, 2015, p. 307 ss.

³⁹ T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 333 s.

⁴⁰ F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 376 s.,

messo in atto dal socio a giustificare l'affermazione della responsabilità individuale dello stesso, indipendentemente dagli influssi di tale condotta sul piano della validità della deliberazione⁴¹, dando una rilevanza autonoma al dolo dell'autore del comportamento dannoso⁴².

L'art. 1440 c.c. interviene infatti a sanzionare un illecito verificatosi in fase di formazione del contratto, prevedendone conseguenze sul piano del risarcimento del danno⁴³.

L'applicazione del dolo incidente nell'ambito del procedimento assembleare consente così di riparare gli effetti pregiudizievoli provocati da un regolamento di interessi che - seppur valido - si riveli lesivo delle aspettative di una parte a causa del contegno sleale dell'altra⁴⁴.

In questo modo si perviene all'apposizione di limiti al potere della maggioranza con lo scopo di tutelare la minoranza, nondimeno evitando di ledere l'interesse conservativo che potrebbe sussistere con riferimento alla stabilità della delibera.

7. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni appena svolte, appare chiaro che il potere privato della maggioranza assembleare subisca restrizioni assai più ampie rispetto a quelle derivanti dal corpo di norme codicistiche da cui si sono prese le mosse.

La legittimazione di tale potere si basa infatti sul diritto di partecipazione di tutti i soci alle decisioni. Se l'intervento dei soci di minoranza venisse

afferma che «nell'ambito della relazione 'di potere' che sorge dal contratto sociale [...] lo stato soggettivo 'doloso' di chi esercita in modo abusivo e/o illecito il voto assembleare si caratterizza o come 'mala fede' o come 'fraudolenza'».

⁴¹ Chiaro in questo senso è F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 377 s.

⁴² F. GUERRERA, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 379, afferma la necessità di «accordare anche rilevanza 'propria' alle condotte abusive, maliziose o fraudolente».

⁴³ Questo passaggio è posto da M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 127, alla base della «teoria dei vizi incompleti», in base alla quale, accanto al dolo incidente, sarebbero configurabili i vizi dell'errore e della violenza 'incidenti', a cui viene data rilevanza sul piano risarcitorio.

⁴⁴ La ratio della teoria dei «vizi incompleti» è esplicitata da M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 27: «l'esigenza è, in definitiva, quella di evitare che la protezione offerta dallo strumento dell'invalidità negoziale (intesa in senso lato) possa venire facilmente elusa da chi in mala fede ne utilizza i limiti».

eccessivamente e illecitamente compresso, fino a divenire solo formale, ovvero fittizio, allorché per esigenze di certezza del diritto e stabilità delle delibere non possa rintracciarsi alcuna tutela sul piano della validità, la scorrettezza merita di essere ritenuta rilevante a livello risarcitorio.

In altre parole, si ritiene che la validità della delibera non debba per ciò solo importare un giudizio di irrilevanza sul piano risarcitorio di una condotta sleale e scorretta, che si sia tradotta in un regolamento negoziale non conforme all'interesse di una delle parti⁴⁵.

Nella condotta di malafede nel procedimento che conduce all'assunzione di una delibera assembleare - così come si è già ammesso nell'ambito della fase antecedente alla conclusione di un contratto - si individuano tutti i crismi della fattispecie del dolo incidente, foriera di conseguenze dal punto di vista risarcitorio.

Entrano così in gioco ulteriori limiti all'autorità della maggioranza, che oltre alle norme codicistiche regolano i lavori assembleari, nell'esercizio del proprio potere deve tenere in adeguato conto i principi di buona fede e correttezza se non vuole incorrere in responsabilità nei confronti dei singoli soci di minoranza.

⁴⁵ Svolge un'identica osservazione, con riguardo alla validità dei contratti e alle scorrettezze occorse durante la loro formazione M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 17.