

**VARIAZIONI SUL TEMA DELL'ABUSO DEL DIRITTO E DEL
PRINCIPIO DI CORRETTEZZA NEL DIRITTO SOCIETARIO**

LUIGI ROVELLI

*Già Presidente aggiunto
presso la Corte di Cassazione*

SOMMARIO: 1. Comportamenti scorretti dei soci nelle società di capitali: problemi di inquadramento sistematico. – 2. Sintesi degli indirizzi giurisprudenziali nell'esperienza italiana. – 3. Gli interessi legittimi. – 4. La problematica dell'abuso del diritto e le sue criticità. Correlazione tra potere e soggezione. – 5. Relazione fra l'atto di autonomia privata ed il suo contenuto; giudizio di buona fede e sua possibile incidenza sulla validità dell'atto alla stregua delle ordinanze della Corte costituzionale sulla caparra confirmatoria; giudizio di compatibilità fra la norma privata e l'ordinamento generale. – 6. Convivenza di contrattualismo e di istituzionalismo nel "nuovo" diritto societario; convivenza di norme di relazione e di norme di azione. – 7. Verso possibili osmosi tra "categorie" del diritto pubblico e del diritto privato. – 8. La clausola di buona fede oggettiva e il possibile valore aggiunto della teoria dell'abuso del diritto in presenza di esercizio di poteri privati. Limiti all'esercizio del diritto di voto assembleare tra clausola di buona fede e abuso del diritto. – 9. Il perdurante rilievo della nozione di "causa"; ricerca della causa tipica del voto assembleare; la ratio del principio maggioritario; il fine del voto e la libertà dei mezzi. – 10. Incongruenza teleologica tra causa tipica e causa concreta del voto in assemblea. Atipicità dell'atto unilaterale; giudizio di meritevolezza e ruolo della clausola di buona fede. – 11. Il controllo giudiziario.

1. – Talora accade che anche un tema a lungo dibattuto, che è andato via via trovando molteplici e divergenti proposte di soluzione sul terreno dottrinale, e che ha visto emergere nel tempo una sorta di "diritto vivente", variamente motivato, su quello giurisprudenziale, meriti di essere ripreso per una riflessione teorica più aggiornata. È quanto ci è parso possa avvenire in ordine al problema della sindacabilità dell'esercizio del diritto di voto – nella società per azioni – in danno della posizione di un socio o dei soci di minoranza, ma senza alcuna relazione né favorevole, né dannosa per l'interesse sociale, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza (che sembra aver identificato il vizio che affetta di nullità il voto e – se determinante – della delibera approvata dall'assemblea, attraverso l'applicazione della

clausola di correttezza e buona fede nella fase esecutiva del contratto *ex art.* 1375 del c.c.). Da un lato, sono cresciuti gli approfondimenti sulla possibilità (e sui limiti di estensione di tale possibilità) dell'inserzione della clausola generale di correttezza e buona fede (che si avvia a diventare "principio" in forza della derivazione dall'art. 2 della Costituzione più volte affermata dalla Corte Costituzionale); dall'altro si avverte la incontestabilmente avvenuta introduzione non soltanto nel "diritto vivente", ma almeno in tipizzate fattispecie di legge, di diritto vigente, del divieto del cosiddetto "abuso del diritto"; introduzione che tuttavia non esclude ma presuppone che l'eccedenza nell'esercizio del diritto che ne configura l'abuso, sia, in qualche modo, desumibile dall'analisi dei caratteri particolari della disciplina giuridica dell'istituto dal quale discende il "diritto" del cui esercizio "abusivo" si discute.

Nello stesso tempo, entro la dottrina civilistica, si è formata ed è generalmente condivisa la consapevolezza dell'esistenza e della rilevanza, anche nell'ordinamento di diritto privato, della figura dell'interesse legittimo quando, in presenza di "*organization recht*", le figure soggettive a confronto sono quelle che si ritrovano nella coppia potere-soggezione. In tal modo sembra profilarsi anche nel diritto privato la figura, sorta è costruita entro il diritto amministrativo, dell'eccesso di potere, con il corollario della sua identificabilità attraverso il ricorso ad elementi sintomatici (soprattutto ancora, in tal caso, attraverso l'identificazione di comportamenti contrari alla regola di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori, ma non necessariamente e non soltanto attraverso questo elemento sintomatico).

In materia resta ancora fondamentale per la ricostruzione storico-sistemica e per la coerenza dell'impianto teorico – pur non condiviso in questo contributo – anche con riferimento alla figura dell'eccesso di potere (con il corollario della configurabilità di situazioni di interesse legittimo) il volume, risalente al 1965 di Agostino Gambino.

Alla base di quel contributo comunque sta l'esigenza di ricercare su fondamenti diversi da quelli postulati dalla tradizione, la tutela degli abusi realizzabili nel procedimento di formazione delle delibere assembleari, affidando tuttavia al rispetto delle regole procedurali il criterio distintivo tra l'uso e l'abuso. Punto di partenza è stato per Gambino quello – che forse tradisce una pur negata sostanziale adesione alle "radici" istituzionalistiche – che vede, peraltro correttamente, la configurazione di tutte le posizioni giuridiche degli azionisti, salvo quelle ad essi individualmente attribuite in virtù di particolari clausole contrattuali, come posizioni "riflesse" dell'ordinamento sociale e quindi da questo modificabili fino al limite dei caratteri essenziali del rapporto societario. Da ciò deriva l'insufficienza di soluzioni fondate su basi esclusivamente contrattualistiche. Veniva così affermato – quasi anticipando la critica a quello che sarebbe in futuro

diventato l'orientamento della giurisprudenza – come nell'ordinamento delle società capitalistiche, a differenza che nelle società di persone, in cui vige il principio – salvo deroga pattizia – dell'immutabilità del contratto sociale senza il consenso di tutti i soci, le vicende dell'ordinamento pattizio non possono essere giustificate con il ricorso a principi che reggono l'attività esecutiva del contratto – tra i quali l'art. 1375 c.c. – non rappresentando il contratto sociale una definitiva composizione di conflitti intersoggettivi di interessi. A questo riguardo va tuttavia sottolineato che il richiamo alla regola derivabile dalla clausola generale di buona fede entro i soggetti di un rapporto obbligatorio, anche se fosse preclusa l'applicazione diretta dell'art. 1375 c.c., trova fondamento normativo nell'art. 1175 del c.c.

Già da questo emerge tuttavia la reale difficoltà di risolvere la problematica in questione valorizzando la componente "contrattualistica" ed esclusivamente quest'ultima della società. Mutuando concetti e terminologia sorti sul terreno del diritto amministrativo, si è portati ad identificare la tipologia della situazione soggettiva del socio che chiede tutela di fronte a comportamenti ed atti dell'organo assembleare ritenuti "abusivi", come non inquadrabile in una norma che enuncia la fattispecie e vi collega la disciplina specifica; e a definirla così come non di diritto soggettivo ma di "interesse legittimo". Tale la posizione di quei soggetti i cui interessi, nella concreta vicenda, non ricevono una tutela diretta, in quanto non corrispondono a doveri specifici imposti ad altri soggetti e posti in immediata correlazione con essi. Tali interessi appaiono piuttosto porsi in posizione di "soggezione" rispetto all'esercizio del potere che un "ordinamento sociale" attribuisce ad altri soggetti; ma proprio da tali norme, che si classificano come "norme di azione" (avendo di mira l'esercizio di un potere, di un diritto potestativo o anche di semplici facoltà) essi vengono a ricevere la tutela "riflessa" per quanto l'esercizio del potere abbia ecceduto dai limiti che l'ordinamento positivo, complessivamente interpretato, pone all'area collettiva e alla estrinsecazione della volontà che essa esprime.

La non condivisione di tale impostazione concettuale appare espressa chiaramente nelle parole che Agostino Gambino pone nel capitolo introduttivo del volume. Ivi si osserva che "se si volesse qualificare come interesse legittimo la posizione giuridica riconosciuta ai soci nell'ordinamento sociale, l'espressione verrebbe comunque usata con un significato nettamente distinto da quello che assume in diritto pubblico: dove il prevalente rilievo, nella tutela giuridica, dell'interesse pubblico rispetto all'interesse privato si riflette e trova conferma nella prescrizione di una giurisdizione speciale cui la stessa nozione di interesse legittimo si collega".

Questo in effetti appariva conforme alla considerazione della giurisdizione amministrativa ancora presente negli anni '60 come

“giurisdizione di diritto oggettivo”; considerazione fondata sulla definizione dell’interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto; definizione corrispondente alla funzione che esso ha storicamente adempiuto come mero requisito di legittimazione all’esercizio dell’azione di annullamento da parte del privato. Vero è che, come emergerà dal sintetico *excursus* storico sull’interesse legittimo (che segue) l’invenzione prima e l’utilizzazione poi, da parte del Consiglio di Stato, della figura concettuale dell’interesse legittimo è stata storicamente funzionale ad un percorso – condiviso dalla cultura giuridica nazionale – che, nella piena vigenza della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, era diretto a dare tutela (e addirittura maggior tutela attraverso l’annullamento dell’atto) a posizioni soggettive che non trovavano protezione davanti al solo organo giurisdizionale allora esistente. E ciò è potuto avvenire nello spazio, aperto dall’art. 3 della legge del 1865, riassunto nella formula “spaventiana” di “giustizia nell’amministrazione”. Oggi la Costituzione ha attribuito al giudice amministrativo la piena posizione di “terzietà” fra pubblica amministrazione e altri soggetti interessati o controinteressati dall’atto di esercizio di un pubblico potere. La funzione del giudice amministrativo è quella di rendere giustizia non più “nell’amministrazione” ma nei confronti della pubblica amministrazione e questo fa venir meno la funzione storica di una giustizia di tipo oggettivo. Tale cambiamento è reso ancor più palese con la (forse abnorme) dilatazione degli spazi di “giurisdizione esclusiva”, che rendono sempre più evidente come sia sufficiente “l’esistenza del potere” che si assume che l’amministrazione abbia (argomenta anche da Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004) per poter determinare la giurisdizione del giudice amministrativo.

A questo punto, e considerato che nel diritto privato e in particolare in quello delle obbligazioni, la figura che meglio ricalca anche le vicende che hanno visto emergere nel diritto pubblico la nozione di interesse legittimo è quella che va sotto il nome di abuso del diritto, appaiono necessarie alcune preliminari più approfondite considerazioni generali su tale tipo di figura; precedute peraltro da una sintesi degli indirizzi giurisprudenziali in materia di limiti al diritto di voto nell’assemblea delle società di capitali entro l’esperienza italiana.

2. – La fattispecie generale su cui si è sviluppata la casistica giurisprudenziale ed un amplissimo dibattito dottrinale è quella del cosiddetto “abuso” della maggioranza assembleare a danno dei soci di minoranza. Si tratta di deliberazioni assembleari prese nel rispetto formale della legge ed il cui oggetto non concretizza la lesione di diritti soggettivi degli azionisti (cosiddetti diritti individuali dei soci).

L'identificazione della fattispecie astratta richiede un previo quadro classificatorio di massima. Occorre tenere distinte queste tre ipotesi:

a) quello del conflitto di interessi del socio (o dei soci) di maggioranza, costituito da una situazione oggettiva e preesistente, con l'interesse sociale;

b) quello di conflitto di interessi, soggettivo ed attuale, a danno della società;

c) abuso di potere della maggioranza in danno dei soci azionisti di minoranza, ma nella postulata "neutralità" dell'interesse sociale. Le prime due ipotesi confluiscono nella disciplina legale del conflitto di interessi e dunque nell'esegesi dell'art. 2373 c.c. e non involgono la problematica di carattere generale che si manifesta nell'ipotesi sub c).

Il principale gruppo di situazioni che hanno formato oggetto di controversie giudiziali riguardanti ipotesi di "abusi di maggioranza" concerne delibere, di vario oggetto, prospettate come lesive dell'interesse del socio a mantenere inalterata la propria quota di partecipazione, in assenza di un interesse sociale che ne giustifichi la limitazione.

Il *leading case* (Cass. 12 maggio 1951, n. 1177), costituito da delibera di aumento senza incidere sul diritto di opzione, formalmente salvaguardato, è costituito da una fattispecie in cui il risultato pratico dell'esclusione dell'azionista "scomodo" è stato ottenuto mediante la riduzione a zero del capitale, in realtà non interamente perduto, con contestuale reintegrazione e ulteriore aumento in misura ben superiore alle concrete possibilità finanziarie dell'azionista stesso.

In quel caso, la decisione della Suprema Corte si è fondata principalmente sulla base dell'alterazione dei dati di bilancio, con conseguente falsificazione delle comunicazioni sociali, per inferire che l'aumento di capitale costituisce elemento di un vero e proprio piano delittuoso, e quindi, che la delibera ha oggetto illecito, con conseguente violazione dell'art. 2379 c.c. Su un piano analogo si pone una sentenza (Cass. 6 maggio 1963, n. 511), con riferimento ad una delibera di aumento di capitale ritenuta "esorbitante", attuata, sulla base di dati di bilancio dolosamente alterati, in un momento di difficoltà finanziaria dell'azionista di minoranza: la Suprema Corte, pur ravvisando in motivazione la lesione di un interesse del socio "direttamente pregiudicato", fonda la propria decisione, di nullità della deliberazione, sulla violazione di "evidenti norme di ordine pubblico", (...) volte a impedire (...) qualsiasi deviazione dello scopo economico-pratico del contratto di società (così anche Cass., 15 dicembre 1980, n. 6491).

Successivamente la giurisprudenza ha decisamente ammesso la rilevanza, invalidante la decisione, della lesione dell'interesse del socio a non vedere modificata la "propria posizione rispetto alla società, così come contrattualmente configurata all'origine", introducendo quello che sarà il

leitmotiv della successiva giurisprudenza: quello dell'unica finalità fraudolenta come elemento sintomatico di "eccesso di potere" della delibera approvata a maggioranza. Si specifica (Cass.7 febbraio 1979 n. 818) che "il vizio di eccesso di potere nelle deliberazioni sociali regolarmente adottate (...) non s'identifica in un vizio di merito circa l'opportunità della decisione", e che il sindacato giudiziario non comporta controllo giudiziario sulle libere determinazioni dell'autonomia privata, ma il controllo di legittimità della delibera in relazione alla presenza o meno di "un'unica finalità fraudolenta". Il carattere "fraudolento" dell'unica finalità perseguita attraverso la delibera assembleare sembra ricomprendere, nell'ampio filone giurisprudenziale che afferma la sindacabilità dell'atto, sub specie di eccesso di potere, tanto l'illiceità (*id est* contrarietà alla legge) dello scopo perseguito e desiderato, quanto l'intenzionalità del vantaggio particolare (e del danno arrecato): occorre così la dimostrazione della lesione di un interesse giuridicamente protetto degli altri azionisti, la non giustificabilità della lesione alla luce dell'interesse sociale.

Con riferimento alla lesione dell'interesse del socio a mantenere inalterata la propria partecipazione sociale, lesione perseguita con delibere di aumento del capitale recanti esclusione o limitazione dell'opzione, richiamato quanto sopra espresso (e chiarito così che la diretta violazione del diritto di opzione rende di per sé invalida la delibera, senza doversi ricorrere alla figura dell'"abuso" o eccesso di potere; che, nella situazione di cui all'art. 2441, comma 5, c.c., la posizione soggettiva del socio è quella di "affievolimento" del diritto e che quindi, l'accertamento giudiziale della pretestuosità dell'interesse sociale che esige l'ablazione o limitazione del diritto di opzione, produce la piena espansione del diritto individuale del socio), resta da considerare che, nell'ipotesi di decisione di aumento di capitale mediante conferimento di beni in natura, la degradazione del diritto soggettivo è per così dire, *in re ipsa*, alla luce del V comma dell'art. 2441.

In una nota controversia riguardante l'aumento di capitale della società Pirelli, deliberato come da attuarsi in natura, mediante conferimento di partecipazione da parte della SIP, la deliberazione è stata impugnata da soci di minoranza per i quali il conferimento in natura sarebbe stato deliberato unicamente al fine di accrescere la posizione di controllo della famiglia Pirelli. Il giudice (Trib. Milano 14 giugno 1971) ammise la sindacabilità della "sostanza della deliberazione" per eccesso di potere, ma in concreto escluse l'unicità del fine fraudolento, ravvisando un ragionevole interesse sociale a giustificazione dell'operazione di conferimento.

A questa stregua si può però convenire con l'autorevole osservazione di Oppo il quale, partendo dal disposto dell'art. 42, II direttiva UE (per cui le legislazioni degli Stati membri salvaguardano la parità di trattamento degli azionisti che si trovano in condizioni identiche), ritiene che, in caso di

aumento di capitale in natura, mediante conferimento di un bene nella titolarità di uno dei soci, la deliberazione sarebbe difficilmente giustificabile come assunta nell'interesse della società, tenendo conto che il bene può essere parimenti acquistato con disponibilità in denaro creato da un ordinario aumento di capitale, e aggiunge che "se il socio che deve alienare non accetta questa via, ciò basta a condannare il suo intento e chi lo favorisce".

Come è noto, la legge italiana di attuazione della seconda direttiva (dpr 10 febbraio 1986 n. 30) esplicitando nella Relazione il criterio di "non modificare il diritto interno se non nella misura strettamente indispensabile per osservare le prescrizioni della direttiva stessa", ha ritenuto di non dover apportare alcuna modifica normativa per dare fondamento nel nostro ordinamento al principio di "pari trattamento" di tutti gli azionisti nella società azionaria. E dalle parole di Carlo Angelici (nella Rivista di diritto civile del 1986) emerge come l'opinione condivisa dalla maggioranza in seno alla commissione incaricata di predisporre il decreto legislativo attuativo della direttiva fosse quella secondo cui a sanzionare la disparità di trattamento tra gli azionisti sarebbe stato sufficiente proprio il disposto degli artt. 1175 e 1375 del c.c., evidentemente ritenuti direttamente applicabili alla materia.

Un'altra situazione dibattuta come possibile lesione, da parte della maggioranza, di un interesse protetto degli altri soci è quella che fa capo all'interesse del socio alla ripartizione dell'utile. La disciplina positiva delle società di capitali (artt. 2328, 2350, 2433 del c.c.) porta ad escludere la configurabilità di un diritto soggettivo in capo al socio fino a quando l'assemblea non abbia deliberato la distribuzione degli utili realizzati, in alternativa all'accantonamento a riserva facoltativa. Ma ciò non ha escluso (v. la monografia di G. Rossi del 1957) la sindacabilità per eccesso di potere quando, ad esempio, l'unica finalità della decisione di accantonare gli utili sia quella di spingere il socio, che non ha altro reddito significativo che quello che deriva dalla propria partecipazione, ad alienarla in tutto o in parte.

La giurisprudenza (Trib. Milano 13 gennaio 1983) appare prudente, in questi casi, nel ravvisare il presupposto dell'unica finalità fraudolenta fino a respingere l'impugnativa per "abuso di potere" della deliberazione di accantonamento degli utili a riserva, seppure valutata "già sufficientemente cospicua", per avere la società adottato da diversi esercizi la politica di non distribuzione dei dividendi, in ossequio al principio di prudente gestione, pur spinto fino "al limite estremo"; mostrando così di dar rilievo, ai fini della rilevazione di elementi sintomatici dell'eccesso di potere, alle prassi applicative, secondo un criterio significativamente utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa.

L'interesse del socio alla conservazione della propria quota di partecipazione può venire pregiudicato anche da una delibera della maggioranza assembleare – prevalente rispetto al diverso interesse dei singoli alla conservazione – di decidere il disinvestimento di capitale e di cessare l'attività di impresa.

La giurisprudenza (Cass.19 agosto 1983 n. 5410) ha ravvisato l'abuso di potere viziante nella delibera presa a maggioranza di avviare la società in liquidazione quando il fine effettivo sia quello di farne cessare un'attività concorrenziale con quella già svolta dai soci di maggioranza; ancorché non sia tutelato direttamente dall'ordinamento l'autonomo interesse della società, pur prospera, alla prosecuzione dell'impresa sociale. In un'ipotesi siffatta – come in quella in cui la deliberazione di scioglimento sia adottata in virtù della successiva ricostituzione della società con esclusione dei soci di minoranza – la delibera, benché presa in danno della minoranza, non può essere considerata “neutrale” rispetto all'interesse sociale, e la soluzione potrebbe così essere ricavata, anche in termini di conflitto di interessi, all'interno della disciplina dell'art. 2373.

Richiama proprio la clausola generale di “parità di trattamento” (Trib. Milano 14 giugno 1971) l'ipotesi di delibere che possono essere lette come appropriazione, da parte della maggioranza, di risorse economiche che avrebbero dovuto essere ripartite fra tutti i soci.

Il caso giurisprudenziale più conosciuto ha riguardato le vicende che hanno consentito a suo tempo il risanamento finanziario della società Dalmine attuato dal socio di maggioranza Finsider: L'antefatto era costituito, in presenza di perdite gravissime, da una delibera di aumento di capitale sottoscritto dalla sola Finsider, con impegno di quest'ultima a mantenere in “gestione speciale” le corrispondenti azioni emesse da Dalmine fino al completamento del programma di risanamento; al termine del quale, gli azionisti di minoranza avrebbero potuto esercitarne il riscatto. Il socio di maggioranza, attuato con successo il programma di risanamento, faceva deliberare dall'assemblea l'accantonamento a riserva dell'utile conseguito nel periodo e, in sede straordinaria, il passaggio da riserva a capitale con aumento gratuito mediante maggiorazione di valore – del 250% – di tutte le azioni. L'esercizio del diritto di riscatto delle azioni in “gestione speciale” riconosciuto ai soci di minoranza risultava così assai oneroso e tale in misura ben superiore a quello che sarebbe derivato se l'assemblea avesse approvato la proposta presentata dalla minoranza, previa delibera di distribuzione dell'utile a tutti gli azionisti e, in sede straordinaria, l'aumento di capitale a pagamento per lo stesso ammontare corrispondente ai “mezzi propri” di cui la società aveva bisogno. L'effetto prodotto da tale alternativa sarebbe solo quello di ripartire fra tutti gli azionisti il risultato utile della gestione speciale, attuata a proprio rischio e con anticipo dei mezzi economici dal

solo socio di maggioranza. Gli azionisti di minoranza impugnano le delibere assunte dall'assemblea lamentandone il vizio di eccesso di potere, considerando l'unicità del fine a carattere fraudolento perseguito dal socio di maggioranza, ravvisato in quello di scoraggiare il riscatto delle azioni e mantenere così saldamente in proprio mani il capitale di comando della ormai mono-azionista Dalmine. Tribunale e Corte d'Appello di Milano considerarono non provata l'unicità del fine fraudolento perché la lesione dell'interesse invocata dai soci di minoranza sarebbe stata giustificata tanto nel superiore interesse della società-istituzione (oggi si potrebbe dire dell'interesse comune dei soci) quanto in una legittima prerogativa dei soci di maggioranza al "mantenimento della posizione di supremazia conseguita" ed acquisita in ragione della giustificabilità dell'aumento di capitale nella misura e secondo le modalità di attuazione previste nella prima non contestata delibera.

La soluzione giurisprudenziale del caso potrebbe apparire in contrasto con il principio della "proporzionale distribuzione" tra i costi e i benefici derivanti da una delibera il cui contenuto sia necessitato o comunque adeguato per la realizzazione dell'interesse sociale. Questa ipotesi si verifica quando sia praticabile una scelta fra soluzioni egualmente giustificabili in base all'interesse sociale, ma differenziate sotto il profilo della ripartizione di costi e benefici fra maggioranza e minoranza, nel senso che, soltanto una delle alternative postulate come neutre rispetto all'interesse sociale fa risentire vantaggi o svantaggi in modo comparativamente differenziato fra maggioranza e minoranza. In una visione "contrattualistica" del fenomeno societario l'attuazione del rapporto sociale non si esaurisce nei rapporti interorganici e nell'imputazione dell'attività degli organi alla società-persona (cosiddette regole di azione) relegando a relazioni di mero fatto i rapporti dei soci fra loro; al contrario, le relazioni intersoggettive fra gli azionisti non si collocano in un'area di sostanziale anomia, ma danno vita a rapporti giuridici retti da norme di relazione o quantomeno dalla clausola generale di buona fede.

Nell'esperienza nordamericana è ormai risalente l'affermazione dell'esistenza di una "obbligazione fiduciaria" degli azionisti di maggioranza nei confronti della minoranza ad esercitare "*fairly*" i propri poteri di comando; e in base ad essa la Corte competente condannò La Southern Pacific (e per essa gli azionisti di maggioranza) a ripartire proporzionalmente e ad uguali condizioni per la minoranza le nuove azioni attribuite nell'ambito di una procedura di "*reorganization*". Nella dottrina italiana, Oppo afferma che "il socio ha, per contratto, il diritto, quale che sia il sacrificio richiesto nell'interesse comune, di concorrervi solo nella proporzione stabilita dal contratto e ha diritto a che gli altri soci vi concorrano nella proporzione stabilita". Peraltro proprio il richiamo che ivi

si fa alla dottrina sulle “basi essenziali” del contratto, ci riporta alla considerazione delle “sopravvenienze” e, fra queste, a quella circostanza sopravvenuta nelle vicende contrattuali che è costituita dalla crisi dell’impresa sociale. In questa situazione, specie quando, per effetto della crisi, “il valore della partecipazione è ridotto allo zero matematico o a insignificante frazione dell’unità”, le scelte di fronte agli azionisti sono molto drastiche: o la liquidazione, con la prospettiva di apertura di una procedura concorsuale, o la ricapitalizzazione tra chi si assume l’onere economico ed il rischio di continuare l’esercizio dell’impresa tentando il risanamento. Nell’ottica contrattualistica, le “sopravvenute circostanze” determinano una situazione per la quale la prassi contrattuale internazionale ricorre alle *Hardship clauses*, con le quali le parti restano vincolate, in ragione del verificarsi di circostanze incompatibili con l’originario equilibrio economico, a perseguire l’*adjustment* del contratto attraverso una “*re-negotiation*” da condurre secondo i criteri conformi alla regola di correttezza e buona fede.

Anche la giurisprudenza tedesca riconosce che il gruppo di maggioranza nelle scelte economiche ad esso affidate può anche compiere valutazioni errate perché troppo rischiose e dunque risultate produttive di danno. Il limite all’azione di maggioranza opera solo nel caso che il danno sia la conseguenza del perseguimento di vantaggi particolari di uno o di alcuni soltanto fra i soci e, il danno in tal caso non è “mero accidente” dovuto a errata valutazione dell’interesse sociale; è invece il rapporto da causa ad effetto della deliberazione presa di cui è l’effetto voluto – ancor che non vi sia l’*animus nocendi*, disgiunto dal perseguimento del proprio interesse personale, del proprio vantaggio particolare – effetto voluto e prodotto dal voto maggioritario.

La tradizionale giurisprudenza francese utilizza proprio il generale principio di “abuso del diritto” costruito a partire dalla fondamentale elaborazione di Jossierand, al fine di dichiarare l’invalidità di deliberazioni assembleari prese ad esclusivo profitto del gruppo maggioritario ed a danno dei soci di minoranza.

Nel pur estremamente variegato sistema di *common law* è operante il limite della “*fraud of minority*” come vincolo rigoroso al comportamento abusivo dei soci: tale anche senza la presenza di condotte ingannevoli; limite coincidente nella sostanza con l’*abuse of power*. Resta però essenziale, per riconoscere validità a deliberazioni che hanno per effetto l’estromissione o la riduzione delle partecipazioni sociali delle minoranze, che non ricorra un positivo interesse sociale o comune dei soci (inteso come ricerca della massimizzazione della profittabilità del capitale investito dai soci stessi) che ne dia la giustificazione.

Se la casistica sopra riportata ci mostra un orientamento giurisprudenziale piuttosto univoco nell’individuare fattispecie in cui

sanzionare con l'invalidità atti imputabili alla maggioranza assembleare, atti formalmente legittimi, ma caratterizzati dall'intento di arrecare ai soci di minoranza danni non giustificati da un prevalente interesse sociale o di distribuire vantaggi o svantaggi in modo differenziato per ceti sociali, e che ha ritrovato, un po' empiricamente – ma a ben vedere sulla falsariga dell'interpretazione corrente dell'art. 1344 c.c. – nell'unica "finalità fraudolenta" in danno di un legittimo interesse del socio, l'elemento da verificare come preminente (e utilizzato talvolta come sintomo di eccesso di potere, talora come abuso del diritto, talora ricondotto alla fattispecie tipica del conflitto di interessi), assai dibattuta in dottrina è stata la praticabilità stessa della repressione dell'abuso con la sanzione di invalidità; e comunque la ricerca e l'individuazione del referente normativo e concettuale che giustificasse le soluzioni adottate.

La ricordata prima decisione della Suprema Corte (sentenza n. 1177 del 1951) esibisce un fondamento concettuale piuttosto "povero" a giustificazione della qualificazione come nulla per illiceità, della deliberazione di aumento del capitale che sia diretta al fine fraudolento di eliminare "soci molesti" individuandolo in una apodittica enunciazione di contrarietà all'ordine pubblico. Ma gli autorevolissimi commenti (Mossa, Scialoja, Ascarelli, De Gregorio, Ferri) che ne sono scaturiti hanno ricercato una più solida base di diritto positivo per la "nuova regola" ritrovandola, soprattutto da parte di Ascarelli e De Gregorio, in un principio generale tratto per "*analogia iuris*" dall'art. 2373 del c. c.

Da tale norma sarebbe deducibile il principio generale per cui il voto è attribuito per il perseguimento dell'interesse sociale, o quantomeno, detto fine è a fondamento e a giustificazione dell'attribuzione del diritto di voto; diritto che non può dunque essere diretto in danno di altri soci se ciò non è giustificato dall'interesse sociale. Nella *ratio legis* dell'art. 2373 è certamente compreso l'intento di non far venir meno a priori il fondamento organizzativo del principio maggioritario che si collega alla massima di esperienza per cui a maggior investimento corrisponde maggiore probabilità di miglior decisione e cioè di quella più rispondente all'interesse comune dei soci. È peraltro condivisibile l'opinione di Gambino secondo cui a tale norma non può applicarsi lo strumento analogico neppure *sub specie* di *analogia iuris* perché la norma dell'art. 2373 c.c. si pone come norma "eccezionale" (eccezionalità che non potrebbe certo essere negata in base alla corrispondente norma posta dall'art. 2391 c.c. per gli amministratori, perché questi ultimi soltanto gestiscono un patrimonio che loro non appartiene e dunque non possono perseguire alcun tipo di interesse personale che diverga da quello sociale). In verità è apparsa dubbia anche la ricorrenza della *eadem ratio* sotto due aspetti. Da un lato l'art. 2373 c.c. dà rilievo a situazioni "obiettive e preesistenti" alla delibera: tale relazione tra il socio in

conflitto e un determinato bene della vita non sarebbe ravvisabile nel caso di voto esercitato per ottenere un vantaggio personale in danno ad altri soci. Ma neppure l'altro termine del rapporto (il danno per il socio di minoranza) vede una situazione corrispondente nelle due ipotesi. Il pregiudizio del socio di minoranza, nella fattispecie di cui all'art. 2373 c.c. è irrilevante e può mancare del tutto. Emblematico è l'esempio prospettato da Jaeger di deliberazione di acquisto, a prezzo esorbitante, di un immobile di cui siano comproprietari, in parte uguale, tutti i soci aventi anche pari partecipazione nella società. Il socio che, anche solo per scrupolo morale, fosse dissenziente, sarebbe stato legittimato all'azione di annullamento ex art. 2373 pur se dall'operazione non ha subito alcun danno patrimoniale, perché il conflitto esiste ed il danno è del "gruppo" o meglio della società come persona giuridica. L'assenza del danno del gruppo è invece "postulata" nella situazione che stiamo esaminando, perché, quando si dimostra che il danno per i soci di minoranza passa anche per la lesione dell'interesse comune, il conflitto di interesse dei soci di maggioranza con la società ci riporta all'esegesi dell'art. 2373.

La variante giurisprudenziale – che abbiamo visto, in passato, molto diffusa – è quella che si fonda sul vizio di eccesso di potere da intendersi come evasione dell'esercizio del potere deliberativo dell'assemblea dalla causa tipica del contratto. A questa stregua, si vuole circoscrivere la permanenza del potere assembleare fondato sul principio maggioritario fino a che le finalità concretamente perseguite – la "causa concreta" dell'atto – siano compatibili con gli interessi di rilevanza causale; oltre tale limite l'assemblea agirebbe "fuori dal contratto", che costituisce la fonte di legittimazione del suo potere. Si avrebbe una divergenza tra intento empirico dei soci di maggioranza e causa tipica del contratto di società, quando i poteri che da questa situazione scaturiscono vengono adoperati per il perseguimento di interessi non necessariamente "antitetici" – come nella fattispecie tipizzata dall'art. 2373 c.c. –, ma anche soltanto estranei al contratto di società. Questa impostazione ha il vantaggio di poter prescindere dal dover dimostrare il carattere illecito dell'interesse concretamente perseguito. L'ascendente nobile di tale costruzione – come meglio vedremo in prosieguo – risale a Carnelutti che nel 1926 introduceva l'utilizzo della nozione di sviamento del potere, come vizio della causa, al di fuori del procedimento amministrativo in cui essa si era sviluppata, anche entro la sfera privatistica applicandola a situazioni in cui il "potere sia dato per la tutela di un interesse altrui".

È stata da Gambino radicalmente contestata l'assimilazione della delibera assembleare all'atto amministrativo per quanto attiene alla sindacabilità dei fini. La definizione di cui all'art. 2247 c.c. si limita ad individuare nella comune finalità lucrativa la causa del contratto di società.

L'articolo 2373 c.c. costituirebbe il solo strumento normativo di portata generale per poter sindacare la riconducibilità della deliberazione formalmente valida alla "causa" societaria. Secondo tale orientamento la validità formale, a patto che non vi sia impedimento di legge o di statuto, è assicurata non dal suo contenuto ma dal rispetto delle norme procedurali – legali e statutarie – di formazione della volontà degli organi sociali. L'individuazione di limiti causali alla valida autodeterminazione dell'interesse sociale non può che fondarsi sulla norma di chiusura dell'art. 2373 c.c. L'art. 2352 c.c., per il quale è concesso il voto al creditore pignoratizio e all'usufruttuario, sancisce il diritto del terzo sulla partecipazione sociale di perseguire sino al limite della lesione dell'interesse sociale il proprio personale tornaconto. In realtà la giurisprudenza di merito (Trib. Gorizia 30 ottobre 2001, ordinanza) ha mostrato di desumere dal combinato disposto degli articoli 2786, cpv. e 2790 c.c. che il voto espresso in assemblea dal creditore pignoratizio di titoli azionari non è svincolato da ogni limite ma "deve ispirarsi al principio di buona amministrazione e di conservazione del valore delle azioni e non recare pregiudizio al debitore". Peraltro, l'apparentemente attenuata rilevanza della causa del voto, che qui opera solo come limite, sembra trovare sufficiente spiegazione nella peculiare posizione del creditore pignoratizio del socio, come titolare di un interesse rafforzato alla conservazione del valore dell'oggetto della garanzia. In un certo senso nella *ratio legis* è prevalente la percezione dell'immanente conflitto di interesse del socio-debitore pignoratizio.

Sì è anche pensato di poter sperimentare l'estensione della tematica dei cosiddetti diritti individuali del socio, con specifico riferimento a quelle posizioni, individualmente protette che possono risultare ingiustificatamente comprese da delibere assembleari. Situazioni che abbiamo visto ricorrere con particolare riferimento a figure soggettive, come il diritto di opzione o il diritto alla percezione degli utili, il cui esercizio o la cui titolarità sono rimessi a spazi di valutazione discrezionale dell'assemblea. Occorre però tenere ben distinto il problema dell'esercizio abusivo del potere – del potere discrezionale dell'assemblea da cui deriva l'affievolimento del diritto individuale del socio – dal tema dei diritti individuali del socio. Questi ultimi, quando sono sussistenti, costituiscono un limite all'efficacia stessa della volontà sociale in quanto tale, non un limite di imputabilità alla volontà sociale della decisione di maggioranza. A questo proposito è bene riportare come sia opinione corrente che nel diritto societario statunitense, a temperare la flessibilità del diritto di fonte legislativa, la giurisprudenza (in specie quella, apprezzatissima, dello stato del Delaware) è assai severa nell'applicazione della clausola generale – di *Common law* – per cui gli amministratori, ma anche gli azionisti di maggioranza hanno il dovere fiduciario di agire secondo correttezza e buona fede nei confronti della

società e dei soci in quanto tali. Come viene ricordato da Enriquez, l'espressione in uso per indicare come le Corti esercitano questo controllo sulla correttezza di un atto, di una operazione o di un comportamento, è estremamente efficace nella sua apparente rozzezza: si dice che, se un'operazione è "*stinks badly enough*" letteralmente è "sufficientemente puzzolente", le Corti troveranno il modo di dichiararla illegittima e di sanzionarla con l'invalidità o con rimedi risarcitori.

Il contributo decisivo sul piano della esperienza giurisprudenziale, anche per la configurazione concettuale del vizio individuato in deliberazioni assembleari affette da "abuso" in danno della minoranza è stato fornito dalla sentenza 26 ottobre 1995 n. 11151 della Corte di Cassazione. Con tale decisione, la Suprema Corte è pervenuta, con motivazione che si è fatta carico della confutazione delle argomentazioni contrarie, a individuare nel principio di correttezza e buona fede, sancito dagli artt. 1175 e 1375 del c.c. il fondamento dell'illegittimità e conseguente invalidità di una delibera assembleare che, pur nella "neutralità" dell'interesse sociale, sia stata adottata con l'unico fine di danneggiare i soci di minoranza. In sintesi, la Suprema Corte, dopo aver rilevato che, a seguito dell'esplicito riconoscimento legislativo della figura del contratto plurilaterale in cui le prestazioni di ciascuna parte sono dirette al conseguimento di uno scopo comune – art. 1420 –, non è più revocabile in dubbio l'appartenenza all'area contrattuale dell'atto costitutivo delle società, quando sia stipulato da più soggetti, ha affrontato il problema se l'avvenuta creazione di una organizzazione sociale dotata di personalità giuridica costituisca ostacolo alla persistenza di un vincolo di natura contrattuale dopo l'avvenuta costituzione della società. Ed ha fornito risposta negativa rilevando che "la soggettività dei gruppi organizzati non può essere messa sullo stesso piano di quella degli individui persone fisiche posto che mentre in quest'ultimo caso l'imputazione delle situazioni giuridiche è fine a sé stessa, nell'altro, essa è destinata a tradursi in situazioni giuridiche individuali facenti capo a singoli membri".

La "*quaestio*", in verità assai controversa, tra "teorie riduzionistiche" e l'affermazione di "realtà" del soggetto persona giuridica in quanto tale, non viene ovviamente affrontata nei suoi termini concettuali; ma, entro una visione che vuol essere pragmatica e realistica, si vede l'ente personificato come un centro di imputazione meramente transitorio e strumentale. Talché la personalità giuridica non va riguardata come lo statuto di un'entità reale ("l'omone" di ascendenza ascarelliana), ma come l'effetto di una particolare normativa "avente pur sempre ad oggetto relazioni fra gli uomini". Il passaggio successivo mira a confutare l'obiezione per cui, essendo il contratto costitutivo della società diretto allo svolgimento, in futuro, di un'attività economica, esso dà vita a situazioni che, per poter essere

affrontate, richiedono ulteriori determinazioni volitive per tutta la durata del rapporto; e queste successive manifestazioni di volontà non possono che essere ricondotte nell'ambito di quella attività esecutiva che è disciplinata, nel fenomeno contrattuale, dall'art. 1375 c.c. Si obietta che non sempre e non necessariamente il contratto deve contenere il regolamento compiuto di un determinato assetto di interessi, in presenza del quale alle parti non resterebbe "altra possibilità che quella di specificare, con maggiori dettagli, una disciplina che è già stata dettata in modo definitivo". Questa costruzione si adatterebbe ai contratti di scambio, ma non vale a rappresentare la complessa realtà dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, i quali presentano, *naturaliter*, la caratteristica di esigere, per la loro attuazione, una serie indefinita di nuovi atti giuridici. Per questo essi non possono regolare, ab *initio*, gli interessi dei soci in modo conclusivo, ma danno vita ad una organizzazione che ha il compito di regolare lo svolgimento dell'attività programmata e che, nelle società di capitali, "è caratterizzata dall'attribuzione alla maggioranza dei soci di un potere dispositivo, il quale si estende fino alla modifica dello stesso contratto originario". Di qui l'assimilazione delle determinazioni dei soci "*durante societate*" ad atti di esecuzione preordinati alla miglior attuazione del contratto sociale, con l'ulteriore conseguenza dell'applicazione dell'art. 1375 c.c., per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede e dunque secondo un impegno di cooperazione che impone comportamenti rispettosi dei legittimi interessi delle controparti.

Anche se il nuovo orientamento della Suprema Corte appare basato su fondazioni più solide di quelle precedenti, tuttavia il referente testuale per l'applicazione delle regole di correttezza e buona fede nei rapporti fra i soci, nelle società di capitali, con gli effetti che vi connette la giurisprudenza stessa, non può dirsi certo e indiscutibile. Non solo per la non necessaria origine contrattuale, o negoziale delle società di capitali, ma anche per due altre ragioni che sono state prospettate. Anche chi ammette che il contratto di società – come ogni altro – è soggetto nella fase di esecuzione alla regola di buona fede, è portato a rilevare che questa regola, nel campo contrattuale, è criterio di determinazione del modo della prestazione, che presuppone già dimostrato l'obbligo di prestazione derivato dal contratto. Ed anche per l'art. 1175 c.c., riferito ad ogni rapporto obbligatorio, e che comprende il creditore stesso fra i soggetti tenuti all'obbligo di buona fede, la buona fede è ritenuta regola di specificazione di un rapporto già per sé esistente, non fonte autonoma di diritti ed obblighi. Da altri si sottolinea inoltre la difficoltà di ordine dogmatico a collegare una sanzione di invalidità dell'atto – sia esso identificato nella singola manifestazione di voto, ovvero nella delibera dell'organo collegiale – alla violazione della regola di buona fede e

correttezza che, in base all'art. 1375 c.c. costituirebbe solo fonte di responsabilità per l'inadempimento agli obblighi da essa derivanti.

Pur trattandosi di opinioni autorevoli e ampiamente recepite dalla dottrina prevalente, l'una e l'altra di esse non sembrano obiezioni del tutto insuperabili. Ci si limita a ricordare, sotto il primo profilo che talvolta la regola di correttezza costituisce la fonte esclusiva di un'obbligazione di comportamento senza accedere ad un obbligo di prestazione originato da diversa fonte, come accade, in tema di responsabilità precontrattuale, laddove ad esempio la libertà di ciascuna delle parti di recedere dalle trattative prima della conclusione dell'accordo trova il limite nella inosservanza di un'obbligazione specifica che la legge – fonte essa stessa dell'obbligazione *ex art* 1173 del c.c. – pone a carico delle parti nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.). Così come, sotto altro profilo, non si dubita, all'interno di un rapporto obbligatorio comunque costituito, che il principio di correttezza, alla stregua della norma generale di cui all'art. 1175, si diriga non solo verso il debitore, ma anche verso il creditore, determinando a suo carico un "obbligo di cooperazione"; obbligo che si innesta in un sistema di doveri gravanti sul soggetto attivo del rapporto, in quanto delimitatori della prestazione. Considerazione quest'ultima, che vale anche a confutare un'obiezione formulata da Gambino, dal momento che anche l'iscrizione del voto ad esercizio di una situazione soggettiva attiva del socio non varrebbe a sottrarre quel momento alla sottoposizione alla regola di cui agli artt. 1175 e 1375 del c.c.

Sotto il secondo profilo – l'essere cioè l'obbligo di correttezza regola di comportamento, e dunque cagione di eventuale responsabilità risarcitoria, e non regola di validità – va rilevato che la premessa, per cui la violazione di doveri anche precontrattuali di comportamento non può incidere sulla validità dell'atto che da tale comportamento risulta viziato, non può essere accolta nella sua absolutezza. Il tema verrà affrontato successivamente. Ma basti pensare che nel sistema delineato dagli artt. 1338-1428-1431 del c.c. la violazione, ad opera del destinatario di una dichiarazione negoziale viziata da errore riconoscibile, dell'obbligo di rilevare l'errore – esercitando la normale diligenza – e di darne comunicazione all'altra parte, è sanzionata con un effetto che opera sul piano della validità, producendo l'annullabilità del contratto.

Proprio il "nuovo" orientamento della Suprema Corte espresso con la sentenza 11151 del 1995 in una fattispecie in cui il sanzionato vizio concerneva una delibera di scioglimento della società assunta dalla maggioranza al ritenuto fine esclusivo di conseguire un proprio vantaggio ai danni della minoranza, apriva lo spazio a riflessioni tanto sul rapporto contratto-società-impresa, de iure condito, quanto sull'opportunità, de iure condendo, di dare una non equivoca base positiva a quello che è stato il

punto di arrivo dell'elaborazione giurisprudenziale. Opportunità lasciata cadere dal legislatore della riforma.

Certamente è vero che l'applicazione della clausola generale è stata legittimata sulla base di una applicabilità della disciplina del contratto e poggia su queste sole basi. Sotto questo profilo la sentenza è stata salutata favorevolmente da quegli autori che vi hanno visto l'esplicito e definitivo abbandono, da parte della nostra giurisprudenza, dell'opzione istituzionalistica e la sua piena conversione alla più dinamica delle concezioni contrattualistiche. Anche se, come ha notato argutamente Carlo Angelici, in relazione alla fattispecie decisa (avente ad oggetto una deliberazione assembleare di messa in liquidazione della società espressa dalla maggioranza per poter realizzare l'interesse extrasociale del socio di maggioranza a proseguire la medesima fruttuosa attività di impresa autonomamente e senza la sgradita presenza del socio di minoranza) posto che è nella libertà di ciascun socio contribuire a decidere, col voto, la permanenza del proprio investimento, in base ad una valutazione del proprio personale interesse destinato a prevalere, se maggioritario, su quello alla prosecuzione dell'impresa sociale, paradossalmente, da un'impostazione che nasce all'insegna del contrattualismo, finisce per essere premiata una ragione di tipo istituzionalistico. Con la precisazione, da parte di Francesco Galgano, che l'idea di contratto, basata come è sul consenso e non sulla autorità, entro la parità delle parti, è in grado di valorizzare i singoli dentro le collettività organizzate e di offrire strumenti idonei alla loro difesa contro il potere dei ceti dominanti.

Ma tale soluzione, de iure condito, è apparsa di difficile compatibilità con la previsione dell'art. 2373 che, secondo Gambino, "in presenza di quel vincolo generale non avrebbe possibilità di autonoma applicazione".

De iure condendo, secondo la proposta della commissione Rovelli (tradotta in disegno di legge governativo presentato alla Camera il 14 febbraio 2001 e contenente la revisione delle disposizioni generali sulle società e la riforma delle società di persone) il nodo era reciso con l'introduzione all'art. 2249 della norma per cui "nei rapporti relativi alla società devono essere osservate le regole di correttezza". Accanto alle voci di consenso si sono levate anche molte critiche alla proposta, che riecheggia ampliandola quella formulata un decennio prima dalla commissione Di Sabato. Una parte di tali critiche ravvisa l'inutilità della proposta, intesa come rivolta a superare le remore culturali dell'interprete, fino ad apparire, con significativo rovesciamento dei ruoli, come una "supplemento legislativa rispetto alle carenze della giurisprudenza" (così Carlo Angelici). L'apparente paradosso probabilmente si spiega con il timore che un troppo facile utilizzo della clausola generale, portata entro un contesto che contiene una così rilevante e complessa costellazione di interessi, possa essere fruito, specie in

caso di controversie giudiziali, da “addetti ai lavori” non sempre dotati di esperienza e di cultura sufficiente a fare un uso ben sorvegliato e prudente della clausola generale.

L’indirizzo inaugurato dalla sentenza n. 11151 del 1995 è stato sostanzialmente seguito nella successiva giurisprudenza della Suprema Corte, tra cui rileva peraltro Cassazione 17 luglio 2007 n. 15942, ove si esprime la massima secondo cui la delibera è abusiva, oltre che nel caso in cui “sia il risultato di un intenzionale attività fraudolenta dei medesimi soci diretta a provocare la lesione dei diritti spettanti ai soci di minoranza” nella diversa e più generale ipotesi in cui “essa non trovi alcuna giustificazione nell’interesse della società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un personale interesse antitetico a quello sociale”. In tal modo, permangono ambiguità non del tutto risolte sulla sovrapposizione non svolta della regola “privatistica” estratta dalla disciplina del contratto e quella, in qualche modo di derivazione amministrativistica, basata sull’oggettivizzazione dell’abuso del diritto. Recentemente la Suprema Corte (Cassazione S.U. n. 17186 del 2018) modificando un precedente orientamento e risolvendo un problema sorto in presenza di conflitto, in sé del tutto fisiologico, fra creditori nei concordati di massa, ha enunciato il principio di diritto secondo cui “riconosciuto come principio cardine del diritto privato quello dell’autonomia negoziale, la valenza del principio maggioritario non può attuarsi in violazione della intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui”, affermando altresì che “l’eteronomia nei confronti della minoranza, insita nella regola di prevalenza della maggioranza, applicabile all’approvazione del concordato così come alle assemblee societarie, in tanto è compatibile con il principio dell’autonomia privata, in quanto sia giustificata dalla necessità di realizzare, appunto, un interesse comune a tutti i partecipanti”.

In ogni caso e conclusivamente, se può apparire “defettivo” il richiamo alla clausola di buona fede, (così come ricavata dalla disciplina del contratto) per dare risposta a problemi relativi ad un atto, come la delibera assembleare, che è tipico strumento dell’azione sociale del gruppo, della società come “organizzazione”, allora anche tale profilo va coinvolto nell’indagine per evitare appunto l’impressione che uno strumento – quale quello della buona fede oggettiva entro una fattispecie negoziale – considerato applicabile all’area soltanto individuale, vada ad essere impropriamente utilizzato come valevole a disciplinare anche “l’area collettiva”. Sotto tale profilo e sotto questo soltanto riprende l’interesse per il vizio di eccesso di potere e dunque, per suo tramite, anche della categoria dell’abuso del diritto inteso come riproposizione nel campo del diritto privato dello strumento tipico, di derivazione amministrativistica, di verifica della corrispondenza dell’esercizio di un potere alla funzione tipica per il cui

perseguimento esso viene accordato e delle conseguenze che ne possono derivare nell'ambito di cui all'art. 1322 del c.c.

Si può così ribadire che, se la proposta di affidare all'istituto dell'eccesso di potere – non ancora impostato è interpretato in chiave civilistica – significativi spazi di tutela delle minoranze assembleari è stata in origine costruita sul presupposto della concezione istituzionale della società, la sua riproposizione nei termini qui proposti, di contaminazione fra diritto pubblico e diritto privato, non è affatto legata alla concezione istituzionale; ma lo stesso richiamo all'esigenza di protezione delle minoranze deve tenere conto della società come organizzazione e della votazione assembleare come strumento di azione del gruppo.

Sembra dunque opportuno riservare una considerazione specifica alla figura "antica", ma che prende sempre nuovi contorni, che va sotto la denominazione di abuso del diritto; e, preliminarmente, procedere ad un'analisi del contesto storico in cui è emersa la figura dell'interesse legittimo per verificare la sua esportabilità, sul solo piano concettuale, entro l'ordinamento di diritto privato.

3. – Veniamo così a svolgere una riflessione sugli "interessi legittimi" per proporre una lettura destinata a saggiarne la capacità di fondare, sul piano concettuale, una fruttuosa contaminazione fra diritto pubblico e diritto privato.

Le situazioni giuridiche non hanno, o non hanno necessariamente, un fondamento ontologico; ma o derivano dal diritto positivo, da cui vengono estratte o, quando hanno origine da una creazione intellettuale del ceto dei giuristi, assolvono ad una funzione determinata e restano ad essa legate. Ma, anche esaurita la loro funzione storica può restare l'utilità del "concetto" in quanto tale.

L'individuazione della figura dell'interesse legittimo ha risposto all'esigenza – storicamente progressiva – di accordare, una volta venuti meno gli organi del contenzioso amministrativo, tutela a posizioni soggettive che, in quanto non rientranti o non fatti rientrare fra i "diritti civili e politici" (di cui all'art. 2 della legge n. 2248 allegato E del 1865) non potevano ricevere protezione dal giudice ordinario divenuto, in quel contesto, giudice unico.

L'esperienza concreta dell'unità della giurisdizione presso il giudice ordinario dopo il 1865 aveva finito per dare, verso gli atti della pubblica amministrazione, una tutela ancor meno efficace di quella offerta dalla previgente giurisdizione "domestica". La cultura giuridica "liberale", ancora di tradizione giacobino-bonapartista, riconosceva al potere esecutivo uno spazio di "amministrazione pura" sottratta ad ogni controllo del potere giudiziario, all'insegna del brocardo per cui "giudicare l'amministrazione è

pur sempre amministrare". La stessa cultura civilistica dell'epoca, di stampo pandettistico e legata ad un sistema di diritti cosiddetti "titolati" e costruiti secondo gli archetipi del diritto di proprietà e del diritto di credito, non offriva affidabili strumenti per il controllo giurisdizionale dell'esercizio del potere discrezionale della P.A.

E non si registrò alcun reale contrasto fra giudice civile e Consiglio di Stato – che ancora inquadrato quale organo di alta amministrazione esprimeva le decisioni del Sovrano allorché si profilava "difetto di giurisdizione" del giudice ordinario a causa dei "poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione", come si esprime ancora oggi l'art. 41 II comma del codice di rito civile – anche dopo che nel 1877 quel compito passò alla Cassazione di Roma.

Con l'istituzione nel 1889 – vera data di nascita del moderno diritto amministrativo – della quarta sezione del Consiglio di Stato, formalmente ancora all'interno della P.A. iniziò l'opera "creativa" di quest'organo. E ciò poté avvenire proprio attraverso l'invenzione, *ex novo*, della situazione soggettiva che veniva protetta in quanto dava legittimazione all'esercizio dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo ritenuto di essa situazione lesivo. Inoltre, l'elaborazione – per l'epoca arditissima, oggi legittimata dall'art. 97 della Costituzione – di "potere funzionale" apre la via al sindacato per eccesso di potere ed alla elaborazione delle varie figure sintomatiche dello sviamento dell'atto dalla sua causa tipica. L'iniziale collateralità dell'organo rispetto alla P.A. è stata storicamente strumentale per superare la diffidenza dell'amministrazione verso la funzione stessa del "Giudice" in quanto tale. È del 1931 un saggio di Vittorio Scialoja – "Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale" – in cui, pur dandosi atto che il riconoscimento legislativo si ebbe solo nel 1907, si sottolinea come l'approdo giurisdizionale avvenne "per forza propria dell'organo", per la sua capacità di forgiare concetti destinati poi a diventare "categorie" paradigmatiche.

Va riconosciuto che l'interesse legittimo non può oggi essere identificato in un diritto soggettivo "depotenziato"; né essere riconosciuto soltanto quale interesse occasionalmente protetto; o come esistente, *in rerum natura*, in uno spazio intermedio fra il diritto soggettivo (quale interesse dotato dall'ordinamento giuridico della propria armatura di protezione) e l'interesse semplice (il gheriglio privo di guscio secondo la metafora di Thon). Certo una risalente ed autorevole corrente dottrinale sia di processualisti, da Chiovenda al primo Allorio, sia di amministrativisti, da Guicciardi a Massimo Severo Giannini, lo riconosce solo come "mero fatto di legittimazione al processo" (Giannini); ovvero come puro potere di azione (Chiovenda). E, come ha rilevato Scoca, la teoria processualistica equivale a negazione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva.

Neppure forse è del tutto esatto affermare che la civilistica, all'epoca, fosse totalmente priva delle risorse scientifiche idonee a inquadrare siffatta figura. La nozione di interesse legittimo è per sua natura nozione di carattere generale; esso non può essere concepito se non di fronte ad un "potere" – sia esso pubblico o privato – e ad un atto di suo esercizio. Al diritto civile era ben conosciuta l'esistenza accanto alla coppia diritto-obbligo della coppia potere-soggezione. Ebbene, in via di prima approssimazione e con particolare riferimento agli interessi legittimi che oggi chiamiamo di tipo oppositivo, può dirsi che la genialità dei padri fondatori delle categorie del diritto amministrativo è stata quella di cogliere una situazione che la volgata civilistica definiva come situazione soggettiva "passiva" – immagine speculare del potere amministrativo – per individuarne caratteri in cui essa si pone come situazione "attiva" per il soggetto interessato al corretto esercizio di quel potere. Nella giurisdizione amministrativa l'intervento del giudice presuppone la previa mediazione dell'atto amministrativo, in cui è presente una valutazione dell'interesse generale. Ma ciò non vale a dare fondamento all'osservazione (Cannada-Bartoli) per cui non si "riesce a spiegare la giuridicità della lesione di un interesse che viene tutelato solo dopo il suo sacrificio". Vale l'obiezione di Scoca per cui, se l'atto sfavorevole e illegittimo lede l'interesse legittimo, questa è una situazione soggettiva che è violata dal provvedimento e non nasce da esso.

Con molto ritardo, la "civilistica" (è del 1967 il volume di Lina Bigliazzi-Geri dedicato alla figura dell'interesse legittimo nel diritto privato) ha recepito tale figura. Ci si può interrogare se sono state reperite altrettanto efficaci forme di controllo sugli atti di esercizio del "potere privato". Una più radicale visione contrastava in linea di principio la sindacabilità stessa ad opera del giudice dei poteri privati. Si può oggi convenire che si tratta di una linea di pensiero "regressiva" anche alla luce del principio costituzionale di solidarietà sociale e dei limiti che l'art. 41 pone alla libertà di iniziativa economica. Certo, un ampio orientamento anche legislativo che trova espressione pure nel riformato diritto societario esprime la direttiva volta a convertire la cosiddetta tutela reale – e cioè di annullamento dell'atto di autonomia privata illegittimo e produttivo di danni – in azione risarcitoria, che lascia però intatta la "norma privata" illegittima e dannosa e si limita al ristoro del danno risentito da chi ha esercitato l'azione risarcitoria. La via della "contaminazione" del concetto trasportato nel diritto privato passa proprio attraverso la problematica cosiddetta dell'abuso del diritto come limite alla portata del brocardo per cui: "*qui suo iure utitur neminem laedit*"; abuso la cui rilevanza non è quindi limitata all'ipotesi descritta del divieto di atti emulativi; il cui fondamento è per lo più ravvisato con qualche incertezza ma in via alternativa o mediante la riconduzione dell'abuso allo schema del vizio causale, per la discrepanza tra la causa tipica ed intento

empirico; ovvero nella violazione del canone di buona fede che permea l'intero arco del rapporto obbligatorio. Incertezza che permane anche sugli effetti, talora ritenuti limitati, in quanto violazione di obblighi di comportamento, all'insorgenza dell'obbligazione risarcitoria; talora invece avvertiti come capaci di operare sul piano della validità dell'atto (come è avvenuto in due recenti ordinanze della Corte Costituzionale in tema di caparra confirmatoria di cui si tratterà in seguito).

Nell'ambito amministrativo invece il rimedio di elezione nei confronti dell'eccesso di potere è storicamente stato proprio quello della "tutela reale" cioè della invalidità con conseguente annullamento dell'atto viziato. Questo è ciò a cui è concretamente servito il "grande geniale inganno", secondo l'espressione di Berti, che pure è stato ravvisato nella tormentata e misteriosa figura: servire come situazione soggettiva che conferisce legittimazione processuale all'esercizio dell'azione di annullamento.

L'uso della "categoria" da parte del Costituente non "entifica" la figura, né la confina necessariamente entro l'area del diritto pubblico. Esso è valso a semplificare il messaggio normativo scontando quello che si presentava come l'espressione di un vocabolario condiviso ed utilizzato ad un fine specifico, storicamente realizzato, e da quel momento garantito costituzionalmente: la certezza della sua tutela giurisdizionale. Ma ciò non esclude che l'analisi teorica porti – come ha ben spiegato Lipari con riferimento a consolidate categorie civilistiche – ad una messa a punto delle categorie alle quali quel lessico si è riferito. Come è stato detto – da Andrea Federico – la dicotomia "lungi dal fondarsi su una ontologica distinzione fra situazioni soggettive" ha costituito lo strumento argomentativo per giustificare la sottrazione al giudice ordinario della valutazione sull'esercizio del potere dell'amministrazione. Da un lato la nostra Costituzione, agli artt. 24-103-1013 assicura la tutela giurisdizionale all'interesse legittimo come al diritto soggettivo; ma l'art. 6 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo garantisce il diritto di accesso alla giurisdizione, fuori dalla materia penale, soltanto "nelle controversie relative a diritti e ad obbligazioni di carattere civile"; e in questa formulazione diritti e interessi legittimi, pur distinti sul piano concettuale, sono fra loro equiparati. Sembra potersi concludere, condividendo il dubbio sulla perdurante utilità della distinzione ai fini del riparto fra giurisdizioni, espressa da Giovanni Verde: "l'evoluzione successiva all'entrata in vigore della Costituzione e la necessità di rendere il nostro ordinamento omogeneo a quello degli Stati dell'Unione Europea, che non hanno contezza di tale figura, hanno lentamente condotto all'esaurimento della funzione storica assunta dall'interesse legittimo che era legata alla possibilità di provocare l'annullamento dell'atto illegittimo; e non ad altro". Resta soltanto il concetto giuridico di interesse legittimo, il "*nudum nomen*" nella sua essenza logica; ma generalizzabile quando ne ricorra

l'utilità anche fuori dal diritto pubblico in cui è sorto ed in cui pare avere assolto definitivamente la propria funzione.

4. – La problematica generale sull'abuso del diritto è stata oggetto anche in Italia di amplissima trattazione che ha portato ad alcuni punti fermi. L'istituto ha trovato certamente la sua cittadinanza nel diritto vigente laddove la legge stessa, con formulazione volta a volta relativa ad una specifica disciplina di settore (come in relazione all'esercizio della patria potestà, o all'ingiusto sfruttamento del predominio nel mercato, o all'approfittamento della debolezza dell'impresa minore, o per l'ipotesi della "minaccia" di far valere un diritto) ha dato anche fondamento a molteplici applicazioni nella giurisprudenza, alcune delle quali soltanto-come l'esercizio frazionato del credito, o il recesso strumentale della banca dal finanziamento, o la stessa proposta di concordato preventivo per un fine soltanto dilatorio sembrano appartenere ormai al "diritto vivente". Certamente manca, nell'ordinamento nazionale, una espressa previsione positiva; ancorché la formulazione del divieto di abuso sia stata in un primo tempo compresa fra quelle disposizioni preliminari al codice civile che dovevano esprimere anche i principi generali del diritto; ma successivamente la proposta fu ritirata. Recentemente è stato il legislatore tributario (art. 1 del decreto legislativo 5 agosto 2015 n. 128) a dare ingresso formale all'espressione nella materia fiscale, aprendo la discussa problematica della cosiddetta elusione fiscale, che tuttavia, per il suo "particularisme" esulerà dalle riflessioni che seguono.

Taluni ordinamenti a noi vicini dal punto di vista culturale, come l'ordinamento tedesco e quello svizzero, hanno introdotto espressamente nel diritto positivo il divieto di abuso. Ma – come ha rilevato Pietro Rescigno – è ben significativo che la norma sull'esecuzione del rapporto obbligatorio secondo buona fede (par. 242 del B.G.B.) ha conosciuto, nell'esperienza giurisprudenziale, "un impiego quasi smisurato", mentre del par. 226 del B.G.B. che contiene il divieto di abuso non si riscontra testuale applicazione. Inoltre, come è noto, l'art. 54 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 (poi recepita nel Trattato di Lisbona del 1/12/2009), sotto la rubrica "divieto dell'abuso del diritto" così si esprime: "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta". Si può rilevare che tale "divieto" non è riferito alla totalità delle situazioni giuridiche soggettive, ma vale soltanto a tutela di "alcuni diritti", quelli cioè riconosciuti dalla stessa Carta. Ma è vero anche che i "diritti e le libertà" protette dalla Carta non sono solo i diritti e le libertà tradizionalmente

catalogati come “diritti fondamentali”; ma comprendono anche il diritto di proprietà art. 17, la libertà di impresa art. 16, la libertà professionale e il diritto di lavorare art. 15, ossia “diritti” *lato sensu* intesi, che vengono in considerazione anche in funzione della disciplina dell’impresa collettivamente gestita. La stessa autoreferenzialità della disposizione è ben compatibile con l’espressione di un principio più generale, presupposto come tale e non soggetto a deroga, neppure se deducibile dalla lettera della Carta dei Diritti Europea.

I riconoscimenti giurisprudenziali – anche al di fuori del terreno scivoloso del diritto societario – sono numerosi e spesso danno la sensazione ai non addetti ai lavori che i giudici abbiano saputo trovare la via per dare prevalenza alla sostanza sulla forma anche con sacrificio di quest’ultima.

La vicenda, che ha dato l’avvio ad un vivacissimo dibattito in dottrina con prevalenza di voci critiche, talora anche duramente critiche – perché in tal modo, per dirla con l’espressione lapidaria ed efficace di Comanducci, “il giudice toglie ciò che la legge dà” al titolare di una situazione soggettiva che lo abilita all’esercizio di un potere (nella fattispecie quello di recesso *ad nutum* da un contratto) corrispondente alla tipologia del potere concretamente esercitato – è costituita dal noto caso Renault Italia su cui è intervenuta la decisione della Cassazione del 18 settembre 2009 n. 20106. In quel caso al concessionario della nota casa automobilistica era stata comunicata una dichiarazione di recesso dal rapporto concessorio nel pieno rispetto dei termini contrattuali. La tesi del concessionario attore era quella che il reale intento della Renault non era quello dichiarato di dovere in tal modo ristrutturare la rete di vendita (che, come tale, rientrava nella causa del contratto di concessione), bensì quello di attuare una riduzione del proprio personale direttivo tramutando il rapporto di lavoro in concessione di vendita, ottenendo così il risultato (estraneo quest’ultimo alla causa del rapporto concessorio) della riduzione del proprio personale dipendente senza il costo del trattamento di fine rapporto, lasciando numericamente invariata la rete di vendita; con danno per i concessionari che si vedono frustrati gli investimenti che erano stati indotti ad effettuare nella consapevolezza che non esisteva un interesse aziendale alla ristrutturazione della rete. La Corte di merito non aveva ammesso le prove dedotte per dare dimostrazione di detta tesi, ritenendo comunque esclusa l’ammissibilità di un controllo causale sul recesso *ad nutum*, mentre la Corte di legittimità ha ritenuto sindacabile anche l’esercizio di un diritto (*rectius*, potere) quando, in violazione del canone di buona fede e correttezza, esso esercizio risulta preordinato ad uno scopo diverso da quello dichiarato e nella specie estraneo alla causa tipica del contratto di concessione. Ciò ha inteso significare “salvezza”, da un punto di vista generale, dell’esistenza effettiva di un diritto potestativo di recesso da un contratto a tempo indeterminato;

ma nello stesso tempo la sindacabilità del concreto esercizio di quel diritto potestativo, vuoi circa le modalità del suo esercizio stesso, vuoi circa la corrispondenza o non estraneità tra il concreto obiettivo per realizzare il quale il potere è esercitato e quello “tipico” per il cui conseguimento quel potere è riconosciuto.

Questo è il senso di ciò che autorevole dottrina (Di Majo, Rodotà) fin dagli anni Ottanta ha definito appropriatamente come forma di “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale”. Fin da ciò emerge il parallelo con il governo della discrezionalità della pubblica amministrazione – in presenza di atti non viziati né da incompetenza, né da violazione di legge – attuato dalla giurisprudenza amministrativa per il tramite della clausola generale dell’eccesso o dello sviamento di potere.

Anche presso la giurisprudenza ordinaria, con maggiore difficoltà, il controllo sulla discrezionalità negoziale ha trovato spazio in clausole generali, principalmente quella di correttezza e buona fede, sia nella formazione (art. 1337) sia nella interpretazione (art. 1366) sia nell’esecuzione (art. 1375) del contratto e, in generale (art. 1175) di ogni rapporto obbligatorio. Ma talora concorrono altre clausole generali, volte soprattutto a valutare la congruità causale del contratto, come quella aperta dall’art. 1322. Il comma sulla “meritevolezza” di tutela dell’interesse perseguito, valutato anche in relazione a singole clausole; o come *extrema ratio*, con riferimento all’equità del contratto, sia pur valutata *ex art. 1374* per la sua rispondenza a valutazioni di mercato.

Dunque, come osservato da Aurelio Gentili, “piaccia o no il divieto è entrato nel sistema”.

C’è in esso una “zona oscura” che investe proprio il problema centrale: che cosa è e come si identifica ciò che distingue un comportamento che si manifesta come “uso” (di una situazione soggettiva attiva classificabile come diritto, diritto potestativo, potere, facoltà) da un “abuso”? La risposta non è semplice ma in primo luogo “è d’uopo che ben si distingua”.

Vi sono ipotesi legalmente individuabili in cui la legge attribuisce il potere, non ne determina i limiti con norme dotate di fattispecie, ma che si caratterizzano per essere norme che, pur di diritto privato, enunciano o legittimano l’esercizio di poteri “funzionali”. L’esempio più evidente ed ovvio è dato dalla attribuzione della potestà dei genitori nei confronti dei figli: si tratta di una fascia ampia di poteri che devono avere, come stella polare, unicamente la ricerca dell’interesse del minore; e che per tal guisa diventano “abusivamente” esercitati quando perseguono interessi diversi, divergenti da quello per il quale la potestà è attribuita. Ma, su un piano ben più articolato e complesso, poteri come quelli dell’autonomia dell’impresa nel mercato, o il libero esercizio del credito, trovano nell’ordinamento limiti. Ma la regola antielusiva che se ne ricava non si esprime in forma di

fattispecie (di qui, ad esempio, proprio la problematica sul recesso cosiddetto abusivo dalle trattative precontrattuali, su cui torneremo); o la fattispecie pur enunciata non basta a collocare automaticamente il comportamento del titolare di un potere o di una situazione di potere "riconosciuta" dall'ordinamento, fra quelli da considerare leciti e quelli da considerare "abusivi". La stessa legge sulla subfornitura ci dice che "il rifiuto di vendere o comprare" dall'impresa soggetta a "dipendenza economica" rispetto ad un'altra impresa maggiore "può" costituire abuso; ma non necessariamente lo è, ed è solo il magistero interpretativo a dover identificare gli elementi che completano la fattispecie in un senso o nell'altro come lecita o come abusiva.

Quando non solo l'abuso non è previsto, né tantomeno descritto come tale, dalla legge che attribuisce o che riconosce il potere, ma il potere stesso non si pone come potere funzionale (riconosciuto per la tutela di un interesse distinto da quello del suo titolare) e tuttavia non può essere "illimitato" a prescindere dalla "meritevolezza" dell'interesse concretamente perseguito o dalla forma del suo esercizio, allora occorre andare alla ricerca di un criterio, di una regola giuridicamente rilevante da cui ricavare fino a che punto l'esercizio di quel potere è da definire "corretto", e quando oltrepassa il limite del suo corretto esercizio. Anche così impostata, la problematica mostra l'evidente assonanza con la fondamentale distinzione che ha caratterizzato l'esercizio del controllo giurisdizionale sull'atto amministrativo, ed ha finito per costituire il fondamento dell'attribuzione della giurisdizione all'uno o all'altro dei due plessi giurisdizionali – della giurisdizione ordinaria o della giurisdizione amministrativa –: quella fra esistenza del potere o cattivo esercizio del potere stesso.

A questo punto però, non si può prescindere dalle critiche, dense di preoccupazioni provenienti dalla dottrina.

Quelle che Pietro Rescigno ha chiamato le "angosce dottrinali", oltre che sull'assenza nel nostro ordinamento di una norma esplicita che preveda la figura dell'abuso, delineandone i contorni e prevedendo la "sanzione", sul piano degli effetti giuridici, paiono fondarsi principalmente su due elementi: il primo è quello per cui l'abuso di una situazione sostanziale che l'ordinamento positivo eleva a diritto, non può vedere il suo "uso" delegittimato in "abuso" attraverso la sola "argomentazione" senza che così si aprano le porte al libertinismo argomentativo. Il secondo, che in qualche misura rivela la debolezza del primo, è quello che ritiene la superfluità di tale elaborazione concettuale, a fronte di principi, clausole generali (prima di tutto quella di correttezza e buona fede) pur affermati con fatica ma ben presenti in norme di diritto positivo, sia ordinarie che costituzionali.

In sostanza ciò che si paventa è quanto espresso – con la sua consueta chiarezza – da Natalino Irti: che cioè, se si abbandona, sia pure per casi

particolari il criterio della fattispecie, i risultati ermeneutici non siano più controllabili alla stregua di canoni metodici predefiniti, mentre “il diritto nasce proprio dalla necessità astrattiva, che riduce il caos della vita a casi applicativi di norme” (quelle appunto descrittive della fattispecie astratta cui poter “sussumere” il fatto della vita che ne presenta i caratteri).

Nello sgretolamento di monistiche strutture pur collaudate nel tempo (quell'apparato di concetti giuridici che Benedetto Croce con poco rispetto verso i maestri del diritto classifica va come “pseudo concetti” o concetti spuri) il dilemma di fondo che esprime la crisi epocale che sta attraversando oggi ogni riflessione sull'esperienza giuridica non sembra intercorrere nella riproposizione della ormai estenuante disputa fra “ermeneutici” e “analitici”.

Esso si coglie, nella sua specificità storica, nell'espansione sia a livello nazionale che sovranazionale e internazionale dei precedenti giudiziari, derivati a loro volta da una pluralità di fonti delle quali essi costituiscono, quando assumono carattere di stabilità, fattore di “positivizzazione”. Tali fonti sono i “principi” tratti dai testi costituzionali e dai Trattati, dalla legislazione ordinaria, dalle convenzioni internazionali, dalle prassi applicative e in larga e forse prevalente misura dai contributi dottrinali. Ciò ha significato in vario modo il delinarsi del diritto dentro un vasto ed eterogeneo complesso di fonti in termini di *iuris dictio*.

La “crisi del positivismo” o meglio della concezione di esso come metodo capace di individuare la “*regula iuris*” applicabile ad ogni caso concreto dal solo testo di legge, secondo un giudizio “analitico” in cui il predicato è contenuto nel soggetto (appunto il testo normativo, i *verba legis*), non significa affatto crisi della “positività” perché punto di partenza di ogni riflessione è costituito e continua ad essere costituito dal dato normativo. Ma la vera questione, irrisolta se affrontata nei suoi termini astratti, ma avviata al ragionevole contemperamento fra i diversi punti di vista, è proprio quella, fondamentale che riguarda la stessa identificazione del diritto, del diritto nella sua effettività. Se cioè esso è identificato nella “fonte”, nello *ius positum* e in esso soltanto con il corollario dell'indifferenza contenutistica (*auctoritas, non veritas facit legem*) o se la *lex* non può assurgere “*ad ius*” (per usare la terminologia riportata alla luce da Gustavo Zagrebelsky) prescindendo dal suo contenuto secondo la formula denominata “positivismo inclusivo”. Esso non può però risolvere l'antinomia senza contraddizioni se non convergendo nel “costituzionalismo”, quale sede di positivizzazione dei principi: un “forziere di valori”, (secondo l'efficace espressione di Paolo Grossi), che fornisce i criteri di riconoscimento del “diritto valido”. Il rilievo fondamentale dei contributi dottrinali valorizza il necessario apporto teorico-concettuale, ma la subordinazione a principi valoriali che non devono essere sacrificati nella

soluzione degli specifici conflitti, evita al giurista pratico il rischio di rimanere coinvolto, disarmato, nelle "crepe" del concettualismo, nella camicia di Nesso di una dommatica definita "a priori", e indifferente alla stessa ragionevolezza pratica degli esiti a cui conduce.

Lo stesso "pontefice massimo" del normativismo, il Kelsen della "reinerechtslehre" riconosce che "la norma che deve essere eseguita costituisce soltanto uno schema entro cui si trovano molteplici possibilità di esecuzione"; e aggiunge che "chiedersi quale tra le possibilità date nello schema sia la giusta non è un problema teoretico del diritto, ma un problema politico-giuridico". Kelsen si ferma a quel punto perché consapevole di essere giunto al limite invalicabile per una "scienza": per una dottrina "pura" e vuole significare proprio che, a quel punto, si ferma la "ragion pura" e inizia la "ragion pratica"; che quest'ultima non è la messa in pratica della "ragion pura", è altra cosa, che si radica anch'essa tuttavia nella "ragione". La sostituzione o forse soltanto l'integrazione che possa esservi dell'argomentazione alla dommatica può essere anche valutata come "pensiero debole"; ma resta il metodo più adeguato a conformare la "volontà" dell'ordinamento – e non certo quella del decidente – alla specificità di ciascuno degli infiniti casi della vita che la realtà quotidiana produce. La bimillenaria sapienza di Aristotele ci avvertiva che non si può chiedere al matematico un discorso "persuasivo", così come non si può chiedere a un retore o a un giureconsulto un discorso dimostrativo (e non – aggiungiamo noi – semplicemente "argomentativo"). A fronte di verità controverse ma che non trovano soluzione né sul piano della sperimentazione naturalistica, né su quello della meccanica estrazione da un sistema coerente di assiomi.

5. – Il tema del cosiddetto abuso del diritto nel diritto privato è apparso (a Lipari) come il tipico "paradigma del processo di giurisdizionalizzazione del diritto" con tutti i legittimi interrogativi che ne derivano, ma anche come stimolo alla riflessione dottrinale, nel passaggio da un diritto individuabile "a priori", entro un sistema di enunciati "posti", ad un diritto valutabile, nella sua estensione, all'esito della sua applicazione ad una vicenda effettivamente vissuta. Si precisa così che la tecnica dell'abuso del diritto, se correttamente intesa, non comporta affermazione di un diritto e sua contestuale negazione nel concreto esercizio, né incorre nella contraddizione di convertire la regola che permette in regola che vieta, ma si rivela come "lo strumento definitorio della cornice formale attributiva di un diritto". L'abuso di un diritto presuppone l'esistenza di quel diritto, o meglio l'esistenza del potere che a quel diritto è connesso, ma non l'illimitatezza di esso. Un esempio ormai consegnato a ricordo storiografico è quello relativo alla questione del cosiddetto abuso della direzione unitaria nei gruppi di società.

Come è noto l'evoluzione del difficile equilibrio fra unità e autonomia ha segnato la storia dottrinale e legislativa del fenomeno dei gruppi, fino all'odierno approdo comunque raggiunto con la riforma societaria. Si deve convenire con Tombari che la "grundnorm" dettata dal legislatore societario, l'attuale art. 2497, sembra esaurirsi solo nello *Schutz recht*, ma la disciplina relativa alla responsabilità – che pure costituisce un puzzle difficile da comporre – sottende un quadro sistematico ben decifrabile in cui si riconoscono le linee dell'*organization recht* da cui dedurre le regole inderogabili nell'osservanza delle quali può oggi realizzarsi una forma di gestione unitaria dell'attività economica di soggetti giuridici fra loro diversi.

Fino a che il principio prevalente continuava ad essere quello dell'autonomia fra distinti soggetti giuridici fra i quali si fraziona l'unità molecolare dell'impresa di gruppo, i problemi di disciplina giuridica vengono impostati attorno al regime del conflitto di interessi, riconosciuto però "disfunzionale fino alla paralisi" rispetto alla possibilità stessa che sia esercitata una direzione unitaria. Fondamentale importanza ebbe l'emanazione della prima legge sull'amministrazione straordinaria (l. n. 26 del 1979) il cui art. 3 prevedeva che in ipotesi di società collegate "ove si verifichi l'ipotesi di una direzione unitaria, gli amministratori della società che hanno esercitato tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società in amministrazione straordinaria dei danni da questi cagionati alla società stessa". La "querelle" dottrinale che ne derivò costituì una sorta di cartina al tornasole circa il modo con cui si intendeva comporre – alla luce del dato normativo allora esistente – la dialettica fra unità e autonomia. Il prevalere delle ragioni dell'autonomia portava una parte della dottrina a qualificare quella responsabilità come extracontrattuale, effetto di illecita ingerenza diretta ad indurre all'inadempimento gli amministratori della società controllata. Il prevalere invece delle ragioni dell'unità conduceva a ritenere almeno implicitamente compreso nella configurazione tipica dei poteri della capogruppo l'esercizio della direzione unitaria; attribuiva così alla capogruppo una posizione soggettiva attiva – in realtà più vicina all'*officium* o al *munus* che al diritto potestativo – una volta che il titolare della posizione di controllo abbia iniziato ad esercitare le facoltà inerenti a tale posizione. Ciò determina l'insorgere di una relazione giuridica con le società del gruppo e in caso di esercizio dei poteri inerenti a tale relazione difforme dalle regole che la governano, l'insorgere di una responsabilità che non è certamente *ex contractu*, ma deriva da violazione di obbligazioni specifiche che nel sistema delineato dall'art. 1218 è da qualificare come "contrattuale".

Taluni indici normativi succedutisi nel tempo hanno via via avallato quest'opinione dandole più solido fondamento normativo. Il passo più eloquente, sul piano testuale verso le ragioni dell'Unità è dato dalla

previsione all'art. 90 dell'attuale legge sull'amministrazione straordinaria che "nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori della società dichiarata insolvente che hanno abusato della direzione, rispondono dei danni dalla stessa cagionati in conseguenza del delle direttive impartite". Si parla dunque proprio di "abuso" della direzione unitaria; e si può abusare solo di una situazione soggettiva attiva – quella che legittima l'esercizio della direzione unitaria – di cui si può fare legittimamente "uso": ossia di una situazione di cui si è titolari – per effetto del controllo, nelle sue varie accezioni – e che si estrinseca appunto in poteri o facoltà. Se non c'è questa situazione soggettiva non c'è abuso; c'è illecita ingerenza, ossia un comportamento illecito. C'è inesistenza, non cattivo esercizio del potere.

È vero dunque (come osservava Cattaneo nel 1971) che l'esercizio abusivo di un diritto, di un potere, di una facoltà è tale in quanto si colloca al di fuori della "sfera che delimita quel diritto"; ma certo è anche che solo chi è titolare di una situazione soggettiva attiva può abusarne. La tecnica cosiddetta dell'abuso del diritto va così a modificare la tradizionale impostazione sul rapporto fra la configurazione astratta di un diritto (ad esempio la libertà contrattuale, ed è questo il caso più critico) ed il suo concreto esercizio: il passaggio stretto è come possa esservi un diritto derivante da un testo normativo o se vogliamo dalla sua interpretazione più plausibile all'interno del sistema in cui esso è posto, e che tuttavia il suo esercizio nel caso concreto vada a contrastare un'altra regola o un principio ricavato dalla Costituzione.

È nel costituzionalismo l'idea che vi possa essere un diritto di fonte legislativa "illegittimo"; o comunque suscettibile di un uso illegittimo; e questo comporta che se il significato che va a definire la cornice di quel diritto in modo conforme al dettato costituzionale è fra quelli raggiungibili per via interpretativa del testo, la "regola" potrà essere intesa in modo da renderla compatibile con il "principio" posto dal testo normativo collocato al livello superiore.

La casistica giurisprudenziale ha visto utilizzare proprio la clausola generale di buona fede integrata con il principio costituzionale di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione; e questo ha portato in note vicende che hanno visto come protagonista la stessa Corte costituzionale, farsi strada l'idea che al contratto appartenga il rispetto di un "equilibrio" fra le prestazioni anche a scapito dell'inderogabilità della regola per cui *pacta sunt servanda*.

Ci si riferisce, naturalmente alle discusse ordinanze numero 77-78 del 2014 del Giudice delle leggi. Com'è il noto il codice civile, all'art. 1384 attribuisce al giudice il potere di ridurre l'importo della clausola penale quando essa è manifestamente eccessiva; ma non gli attribuisce il medesimo

potere nell'ipotesi che manifestamente eccessiva sia la caparra confirmatoria (art. 1385) dando così alla parte non inadempiente il diritto a trattenere la caparra (o a pretenderne il doppio) verso la parte inadempiente anche quando il suo importo sia del tutto sproporzionato rispetto al valore dell'inadempimento. La Corte costituzionale, se avesse ritenuto fondata la questione, avrebbe ben potuto accoglierla ritenendo ingiustificata la disparità di trattamento rispetto alla disciplina della clausola penale; o, al più, emettere una sentenza interpretativa di rigetto, ipotizzando l'applicazione analogica dell'art. 1384 alla fattispecie descritta dall'art.1385, dicendo così esteso alla caparra confirmatoria il potere del giudice di ridurre l'ammontare manifestamente eccessivo di essa. La Corte, invece, ha pronunciato ordinanza con cui ha dichiarato "inammissibile" la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2 sollevata, perché il giudice remittente – al quale la causa è così stata restituita – non ha fatto il debito uso dei poteri di intervento a lui riconosciuti in ordine al rilievo del vizio che affetta una clausola contrattuale che regola i contrapposti interessi in modo così gravemente sbilanciato a danno di una delle parti. Egli, come ha ribadito lo stesso Presidente della Corte in un successivo contributo dottrinale, avrebbe dovuto rilevare d'ufficio la nullità della clausola ex art. 1418, I comma "per contrasto con il precetto dell'art. 2 della Costituzione (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa".

L'autorevolezza, anche di carattere scientifico, dell'Istituzione che ha emesso tale pronunzia, ha visto accanto a commenti anche duramente critici, altri volti a darne una più approfondita giustificazione. Tra questi merita una specifica menzione in questa sede – anche per cercare di comprendere la relazione che va a porsi fra abuso del diritto e la clausola generale di correttezza e buona fede – il contributo di Enrico Scoditti. Con l'avvertenza che, nell'economia del presente studio, si tratterà di una riflessione necessariamente concisa e in qualche misura, semplificatoria rispetto allo spessore dei temi che ne vengono implicati.

In verità le ragioni del dissenso dottrinale all'ordinanza della Corte si sono espresse su vari piani. Il primo riguarda l'attribuzione al giudice a quo (che dovrebbe limitarsi a rilevare la questione e a valutarla come non manifestamente infondata per rimetterne la decisione alla Corte costituzionale) del compito di accertare direttamente l'illegittimità di una norma di legge (quella che non prevede correttivi *ope iudicis* alla manifesta eccessività della caparra confirmatoria); ed è questo tema che esula dalla presente trattazione. Più pertinente è l'argomento di critica all'uso, ritenuto troppo frequente e generalizzato fino a diventare esso sì quasi "abusivo", del principio di solidarietà, ben più indefinito di quello estraibile dalla clausola

generale di correttezza e buona fede che permea per intero. Il rapporto obbligatorio, specie se applicato direttamente a rapporti fra soggetti, il creditore e il debitore, portatori di interessi fra loro confliggenti.

Ma la critica più puntuale con riferimento alla problematica oggetto del presente contributo è quella che rammenta come la clausola di buona fede pone ai soggetti che partecipano ad un rapporto obbligatorio un "obbligo di comportamento" alla cui violazione conseguirà la sanzione del risarcimento del danno causato. L'osservanza della buona fede in altre parole non è concepita, come tale quale "regola di validità" degli atti; regola che soggiace non a clausole generali ma all'inquadramento entro norme dotate di fattispecie.

Nella situazione processuale che ha fornito materia alla pronuncia della Corte costituzionale, non risulta sia stato neanche oggetto di valutazione da parte del giudice di merito il "comportamento" concretamente attuato dalla parte alla quale tuttavia andrebbe attribuita la violazione della "regola di comportamento". L'esame cade unicamente sul "contenuto" negoziale (nella specie di una sua specifica clausola) e sul suo oggettivo effetto squilibrante all'interno del rapporto obbligatorio. Si può certamente supporre che quel contenuto sia stato – e non possa che essere stato – la conseguenza oggettivata di un comportamento negoziale non improntato a buona fede ad opera della parte che di quel contenuto si avvantaggia. Ma solo il contenuto rileva. E la formula che fa perno sulla "contrarietà a buona fede" è espressione riassuntiva che assume la causa per l'effetto e si sostanzia in una figura retorica forse assimilabile alla *sineddoche*. Ma "*tanta est vis*" della clausola generale di correttezza e buona fede.

Diverso, ma davvero decisivo, è però il ruolo della buona fede nella formazione del contratto come delineato agli artt. 1337-1338 del codice civile, dai quali si rileva che la violazione dell'osservanza della regola di buona fede nella fase precontrattuale può davvero incidere sul regime testuale di validità del contratto: ma ciò avviene entro un tessuto normativo fondato sulla tecnica della fattispecie. Il destinatario di una dichiarazione negoziale affetta da un vizio della volontà (supponiamo un errore, essenziale secondo i criteri fissati dall'art. 1429 e "riconoscibile" ai sensi degli artt. 1428 e 1431) in forza della regola di buona fede oggettiva e del dovere anche di diligenza che la sua osservanza comporta ha l'obbligo di rilevare l'errore (più propriamente ne avrebbe l'onere, trattandosi di una situazione soggettiva passiva volta a realizzare un interesse, prima di tutto proprio, quale quello di non dar vita ad un contratto annullabile, ma in cui il potere di provocarne l'annullamento si concentra nella controparte). Il requisito della riconoscibilità dell'errore è stato previsto come temperamento del principio dell'affidamento, introdotto dal vigente codice civile in sostituzione di quello cosiddetto della "volontà" previsto nella vigenza del precedente codice. A

sua volta, a temperamento dell'assolutezza di quest'ultimo, la dottrina, a partire da Coviello (Senior) seguita dalla giurisprudenza aveva introdotto il criterio della "scusabilità" per evitare il "corto circuito" di un contratto annullato su istanza dell'errante, chiamato poi a risarcire il danno conseguente all'inescusabilità del proprio errore. Per quanto qui interessa, dunque, la violazione della buona fede oggettiva insita nel non aver rilevato l'errore riconoscibile (o, peggio, di non averlo comunicato all'altra parte, ove rilevato) comporta il venire in essere di un contratto invalido o, come si suol dire "claudicante", trattandosi di vizio che può essere fatto valere solo dalla controparte, la quale, se il vizio non è imputabile anche a sua colpa (ed è dunque "scusabile" l'errore) potrà essere risarcita del cosiddetto danno negativo.

La violazione della regola di comportamento in tali casi si innesta così in fattispecie più complessa, testualmente disciplinata, e che opera sul piano della "validità" dell'atto di autonomia.

Ben diverso è il caso sopra descritto e tutti quelli – compreso quello che nella casistica giurisprudenziale ha comportato la dichiarazione di nullità della delibera di società per azioni per le quali è stato ritenuto ricorrere la figura dell'abuso di maggioranza – in cui la violazione della buona fede entro un rapporto obbligatorio è stata dedotta non da un "comportamento" disdicevole (non può essere il "voto" come tale a possedere tale carattere) ma dal contenuto di un atto, atto che però partecipa in modo decisivo alla creazione di una "norma privata".

E qui sovengono le riflessioni di Scoditti a chiarimento o alla ricerca di giustificazioni delle discusse ordinanze dalle quali si sono prese le mosse.

L'ambivalenza del "negozio giuridico", rileva Scoditti partendo dal noto studio di De Giovanni ("Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico", oggetto di recente ristampa), sta nell'essere ad un tempo fatto e norma. L'effetto negoziale sta nella sua vincolatività, come descritta nell'enfatica formula dell'art. 1372; e, nei sistemi di *Civil Law*, la vincolatività è effetto collegato al fatto storico descritto all'art. 1321; fatto storico che è il solo sottoposto al vaglio di validità. Le concrete statuizioni però l'auto regolamento contenuto nel negozio resterebbero a tale stregua estranei alla fattispecie; esse appartengono al "rapporto", rapporto che si emancipa dalla fattispecie. La recente normativa di derivazione euro unitaria (in materia di clausole abusive, sub-fornitura, abuso di dipendenza economica e altre in specifici settori) ha proprio l'effetto di creare un collegamento tra "comportamento pre-contrattuale" e contenuto iniquo. In tal modo, con il regime di "nullità speciali" quel rapporto che si era emancipato dalla fattispecie da cui trae origine ritorna entro la fattispecie; e per questo, in specifiche ipotesi la regola di comportamento si eleva a regola di validità. Ma nell'ordine codicistico, ad avviso di Scoditti, la "regola negoziale", la

“norma privata” di autoregolazione di interessi eccede lo schema della fattispecie, il solo sottoposto al vaglio di legalità. Tuttavia, superato questo vaglio – la griglia della fattispecie legale – il negozio è norma, sia pure “norma privata”. Lo stesso Kelsen qualifica il negozio come fonte di norma giuridica; norma posta al gradino più basso della struttura gerarchica delle fonti. In effetti, l'autonomia privata è fonte del regolamento negoziale, riconosciuta come tale dall'ordinamento (“fonte sociale”, secondo Emilio Betti).

L'inserimento della norma privata nell'ordinamento sconta lo scotto dell'integrazione con l'ordinamento stesso in cui si va ad inserire e esige compatibilità con esso; e dunque con i principi anche valoriali che lo connotano. A questo punto si situa la spiegazione della nullità della clausola perché l'aggancio costituzionale della clausola di buona fede eleva la stessa a “principio”, a precetto contenutistico: e ciò segnerebbe il passaggio di una regola di comportamento a regola di validità. Per questo l'apparente conformità del contenuto negoziale alla fattispecie legale viene superata dall'interpretazione cosiddetta “conforme” o costituzionalmente orientata. Ma, in verità, secondo Scoditti, restando ferma la separazione fra fattispecie negoziale (assoggettata al vaglio di legittimità) e “rapporto” (retto dalla “norma privata” che dà vita all'autoregolamento negoziale) il problema della coerenza della “norma privata” con l'ordinamento vigente è problema che va risolto diversamente: non in termini di validità, ma di disapplicazione, come avviene nel rapporto tra norme nazionali e norme euro unitarie entro il sistema che regola i rapporti fra le stesse alla luce della primazia delle seconde.

La costruzione dottrinale così succintamente riportata contiene indicazioni importanti e utili; in primo luogo quella che individua il rapporto tra l'autoregolamentazione dei privati interessi contenuta nell'atto di autonomia e l'ordinamento generale, in una relazione fra ordinamenti: quello “particolare” costituito dalla “norma privata” e quello generale, il solo avente carattere “paradigmatico” (nel significato chiarito da Massimo Severo Giannini); e che, per conseguenza, postula la necessaria coerenza fra l'ordinamento particolare e quello generale e paradigmatico.

Se questa coerenza venisse a mancare – anche per contrasto con i principi espressi dalla Costituzione – perché mai l'incoerenza non dovrebbe entrare nella “griglia” della fattispecie se è la fattispecie stessa, quella descritta all'art. 1321, ad aver creato la “regola” che di quella coerenza difetta? Ed è questo vaglio un vaglio di “validità”. Fallace si rileva non tanto il richiamo al criterio di raffronto tra norma nazionale e ordinamento eurounitario (dotato necessariamente di *primauté* – salvo il ricorso a eventuali controlimiti –) ancorché difficilmente ascrivibile a “ordinamento generale” rispetto a quello degli Stati nazionali quanto laddove intende la

“disapplicazione” come meccanismo pratico che non mette in discussione la “validità” della norma da disapplicare solo per la sua incoerenza con l’ordinamento preminente: quello eurounitario. Se così fosse emergerebbe un trattamento differenziato fra norma interna in violazione di precetti derivanti dall’ordinamento comunitario e norma interna che viola precetti della Carta Europea dei diritti dell’Uomo, destinata quest’ultima ad essere espunta dall’ordinamento per incostituzionalità *ex art.* 117 della Costituzione. In realtà, se la norma privata posta in essere dalla fattispecie contrattuale esprime un precetto incompatibile con l’ordinamento vigente nel territorio entro il quale essa dovrebbe trovare esecuzione, essa è affetta da invalidità secondo le regole di quello ordinamento. La tecnica della disapplicazione opera invece per consentire ad una “giurisdizione” o ad un plesso giurisdizionale cui è negata la potestà di dichiarare l’invalidità ed annullare un atto normativo o amministrativo, di poter accertarne l’invalidità *incidenter tantum* disapplicando l’atto ma con effetto limitato al caso particolare. Dunque non è vero che la disapplicazione, nelle forme in cui un’ autorità dotata di giurisdizione ne può fare uso, presupponga la validità dell’atto che va a disapplicare; al contrario. Tale tecnica presuppone soltanto che il soggetto abilitato a disapplicare un atto normativo o amministrativo ne ritenga l’invalidità, ma non abbia il potere di dichiararla con efficacia *erga omnes* né di annullare l’atto: potere che non ha il giudice comune nel caso di contrasto della norma interna con il diritto comunitario; non ha il giudice ordinario, fuori dalle ipotesi in cui la legge ordinaria ha fatto applicazione del III comma dell’art. 113 della Costituzione, nei confronti dell’atto amministrativo o regolamentare che valuta illegittimo; che infine non ha l’arbitro privato rispetto alla decisione di questioni pregiudiziali non arbitrabili *ex art.* 819 del codice di rito.

Quindi, nella vicenda da cui siamo partiti, la Corte Costituzionale ha operato un confronto tra la “funzione economico-sociale” della caparra confirmatoria – la sua causa tipica – e il suo utilizzo nell’atto di autonomia negoziale; ha ritenuto quest’ultimo del tutto sproporzionato rispetto alla funzione tipica ed eccedente la ragione pratica insita nella previsione normativa, con grave pregiudizio per gli interessi di una delle parti. In tal modo, la violazione della buona fede emerge soltanto dal contenuto dell’atto e rileva semmai come elemento sintomatico dell’eccesso di potere o se vogliamo di “abuso del diritto”. Il contenuto dell’atto e la sua eccedenza rispetto alla funzione con pregiudizio per una delle parti potrebbero integrare di per sé l’abuso del diritto; ovvero invece essa eccedenza sotto il profilo causale vale a rendere come atipico – *in parte qua* – l’atto negoziale e dunque lo assoggetta al controllo di meritevolezza previsto dall’art. 1322 del codice civile.

6. – La rivalutazione – che qui si propone – dell'eccesso di potere (figura presa a prestito dal diritto amministrativo) non vuole certo riproporre un antistorico ritorno alle origini segnate da un autorevole indirizzo dottrinale (variamente accolto dalla giurisprudenza *d'antan*, che resta indissolubilmente legato alla concezione istituzionale della società di capitali) ma per correggere o diversamente motivare l'opinione secondo cui il richiamo alla regola di buona fede oggettiva legata alla "dimensione individuale" del rapporto contrattuale retto unicamente dalle norme di relazione, non è automaticamente trasferibile a rapporti che sono invece inseriti in una dimensione più complessa retta anche da regole di azione.

Ed effettivamente la teorica dell'eccesso di potere (non identificabile e non solo sul piano terminologico del tutto con quella dell'abuso del diritto quale si è sopra delineata) ha trovato iniziale formulazione entro la materia societaria all'interno della prospettiva istituzionalista. Fu Francesco Carnelutti nel 1926, parzialmente seguito dallo stesso Ascarelli e da Ferri – pur riconoscendo che il potere della maggioranza è attribuito nell'interesse comune dei soci – a valutare che i soci, nella società anonima, operano "*uti universi*", manifestando ciascuno il suo voto come "organo" della società ed agendo in tal modo anche nell'interesse altrui. In verità può essere indifferente che l'interesse della società sia concepito come interesse "superiore" a quello dei soci, ovvero si risolva nell'interesse comune, magari individuato, come ritiene la prevalente dottrina italiana, nell'interesse oggettivo dell'impresa collettivamente gestita. La caratterizzazione in senso istituzionalistico della formulazione delle origini della teorica dell'eccesso di potere applicata alla società di capitali stava proprio nel ritenere che il "potere" dell'assemblea, e così del socio in quanto ne fa parte, deve essere esercitato "per la tutela che l'ordine giuridico deve proteggere": e da qui il pieno parallelismo con il diritto pubblico.

Ma già a fronte della citata sentenza n. 11151 del 1995 della Cassazione e alla diretta applicazione – che ne ha fatto – di regole dettate nel terreno della disciplina generale del contratto, si era sottolineato (da Corsi) la difficoltà di tracciare una linea di demarcazione tra ciò che attiene al rapporto tra i soci ed è quindi riconducibile al consenso iniziale (almeno in caso di genesi contrattuale della società) e ciò che attiene al "governo dell'impresa" per la cui dinamica è stato dettato il principio maggioritario. Si aggiunge, correttamente, che "contratto e persona" segnano il crocevia della costellazione di interessi attorno alla quale ruotano i "valori" che hanno segnato la storia del nostro sistema capitalistico. Il primo, destinato a segnare il luogo di composizione degli interessi "interni"; la seconda è invece il raccordo con gli interessi esterni. Si aggiunge, con riferimento alla fattispecie di "abuso", che bisogna chiedersi se è giusto imporre a terzi ipoteticamente interessati al mantenimento della delibera, il sacrificio

derivante dal suo annullamento pur in assenza di pregiudizio della società-persona in nome di un interesse che attiene soltanto al ripristino dell'equilibrio interno dei soci. A sua volta, Fois (nel testo pubblicato nella giurisprudenza commerciale del 2001) esprimeva l'opinione – sostanzialmente conforme a quella di Natalino Irti – che “le clausole generali sono la spia della carenza del sistema normativo e degli astratti strumenti concettuali di comprensione della sua costruzione. Ivi si rilevava che la deliberazione assembleare, strumento di azione del gruppo, si pone, ad un tempo, come interprete del piano individuale e di quello collettivo del quale è espressione l'interesse sociale”. Si aggiunge che “il richiamo alla disciplina negoziale per dare risposta a problemi interni segnerebbe la contraddizione insita nel far convivere l'area collettiva interpretata da uno strumento individuale e nell'attribuire alla prima I predicati che sono del secondo”.

In effetti, sui limiti di un'impostazione esclusivamente fondata sulla disciplina civilistica del contratto, possono valere anche considerazioni più specifiche sottese alla riforma del 2003.

Con l'avvertenza comunque che non verrebbe a tenere fuori dalle regole che disciplinano le vicende societarie la clausola di correttezza e buona fede, le pur corrette affermazioni di Gambino (già sopra riferite) laddove si sottolinea che nell'ordinamento delle società capitalistiche, a differenza che nelle società di persone in cui salvo deroga pattizia vige il principio dell'immutabilità del contratto senza il consenso di tutti i soci, le vicende dell'ordinamento sociale non possono essere giustificate con il ricorso a principi che reggono l'attività esecutiva del contratto di durata e in particolare dell'art. 1375 non rappresentando il contratto una definitiva composizione dei conflitti intersoggettivi di interesse. Sono ancora attuali in proposito le parole di Alberto Asquini (nella Rivista delle società del 1959) secondo cui l'art.1175 è posto “al centro del sistema del diritto obbligatorio, ma logicamente il principio si estende anche ai rapporti di partecipazione tra socio e società, dove il metro non può essere che l'equo temperamento tra l'interesse del socio e quello della società”. L'integrazione del rapporto obbligatorio con le regole alle quali l'art. 1175 assoggetta tanto la parte titolare di una situazione “attiva” quanto quella soggetta ad una situazione “passiva” entro il rapporto obbligatorio, trova applicazione al di là di una disciplina originata da un vincolo negoziale, per estendersi anche a quei doveri che discendono dal venire in essere, fra soggetti determinati, di una “relazione specifica” (ad esempio le trattative precontrattuali nella descrizione di cui all'art. 1337) riconosciuta dalla legge come “fatto” idoneo a produrre obbligazioni (le “*variae causarum figurae*” di cui alle *Institutiones* di Gaio nella seconda edizione). Si assiste in tal modo non già ad una specificazione del generale dovere del *neminem laedere* ma ad una posizione

di doveri "relativi" con conseguente riconduzione della loro violazione entro i paradigmi della responsabilità contrattuale.

In verità, le prime, inevitabilmente generalizzanti, valutazioni sulla riforma attuata con il decreto legislativo n. 6 del 2003 hanno trovato il compendio più eloquente nell'icastica osservazione di Floriano D'Alessandro secondo cui il "nuovo" diritto societario "marcia e vuol marciare sotto la bandiera dell'autonomia privata". In effetti, importanti novità normative si iscrivono proprio nel quadro di una maggiore flessibilità dei "tipi" societari e di ampliamento dell'autonomia statutaria e dunque di tendenziale apertura all'applicazione di criteri che trovano il terreno più fertile nella disciplina del contratto, fra cui, naturalmente la clausola di correttezza e buona fede. L'estensione dell'autonomia, che è amplissima nella configurazione della nuova società a responsabilità limitata (quasi una società di persone che si giova della limitazione di responsabilità) trova spazio anche nella disciplina della stessa società per azioni per quello che è il modello configurato per la società "chiusa" che vede cioè congiunte proprietà e gestione delle imprese. Il "legame" – pur nella specificità di regole e i principi suoi propri – del diritto societario con l'ambiente del contratto non è venuto meno neanche se la società (in origine la sola società a responsabilità limitata) può essere costituita anche con atto unilaterale, avendo ciò comportato peraltro la modifica della rubrica dell'art. 2247 da "nozione" di società a "contratto" di società. È vero tuttavia anche che alcune novità di disciplina, riferibili soprattutto, ma non esclusivamente, al "tipo" società per azioni, per la loro coloritura pubblicistica sembrano denotare non solo il perdurare ma l'accentuarsi di propensioni di tipo istituzionalistico. Si pensi alla forte compressione dei diritti delle minoranze a far valere l'invalidità per vizi, anche gravissimi (con la sola eccezione dell'illiceità o impossibilità dell'oggetto sociale) sul piano della legittimazione, dei termini e della preferenza accordata alla tutela obbligatoria su quella "reale". È stata l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti, sia interni che verso i terzi, a far premio sulla tutela dei diritti connessi alla situazione soggettiva del socio in quanto parte di un negozio e comunque di un rapporto associativo. Nello stesso senso gioca la consolidazione e l'accentuazione del principio di conservazione dei patrimoni separati. La nuova disciplina della trasformazione consente la "trasformazione eterogenea": quella cioè che comporta non solo il cambiamento del modello organizzativo originariamente prescelto ma anche quello della *causa negotii*, come quando una società di capitali – dunque a finalità lucrativa – si trasformi in altro ente (e non solo associativo) privo di fine di lucro (e viceversa). Il superamento della "barriera causale" (ex art. 2500-*septies* III comma e 2500-*octies* II comma) può avvenire con delibera a maggioranza e dunque senza una rinnovata manifestazione di autonomia

negoziale. Se si assume (con Angelici e Libonati) che la ratio di tale innovativa disciplina va individuata nella volontà di perseguire massimamente la “continuità dell’impresa” – anche per raggiungere obiettivi diversi da quelli originari – pur senza evocare suggestioni istituzionalistiche totalizzanti, si evidenzia la prioritaria considerazione che “battelli” sui fiumi, sui mari, nei nostri specchi d’acqua continuino a navigare! Tanto che lo stesso D’Alessandro (in un seminario tenuto all’inizio del 2003 alla facoltà di giurisprudenza di Roma Tre) ha potuto notare che dopo la riforma il “contratto di società” si palesa di difficile riconduzione alla definizione fornita dall’art. 2247 del codice civile. La verità è che il legislatore della riforma, come d’altronde deve fare ogni buon legislatore, non è stato assillato dalla preoccupazione di assicurare la coerenza sistematica di ciascun aspetto della disciplina con l’una o con l’altra delle impostazioni teoriche (quella contrattualista o quella istituzionalistica o, con terminologia che riflette, in ambiente anglosassone, analoga contrapposizione, quella dei *contractarians* o quella dei *comunitarians*) che storicamente hanno diviso prima la scienza economica che quella giuridica. Ma suo esclusivo intento doveva essere, ed è stato quello di fornire, sul piano normativo, la disciplina ritenuta come la più confacente alla migliore composizione degli interessi in gioco e, in questo quadro la più consona all’obiettivo della maggiore competitività degli operatori economici nazionali nel mercato globale.

È chiaro allora che, accanto al normale sostrato negoziale o contrattuale, nella società assumono egualmente rilievo altri aspetti: soprattutto quello della “organizzazione” attuata attraverso un complesso di norme nella correlazione tra regole dettate direttamente dalla legge e norme convenzionali di origine statutaria che, nel loro insieme connotano un “ordinamento”: ovviamente un “ordinamento particolare” le cui regole riguardano principalmente ma non esclusivamente i soci o coloro che ad altro titolo vi partecipano. Questo dà qualche fondamento all’opinione di chi ravvisa l’improprietà insita nel mescolare norme di azione e norme di relazione dando esclusivo rilievo solo alle seconde; come potrebbe avvenire se si assume come *regula iuris* quella della buona fede, ancorandone peraltro il fondamento esclusivamente all’origine contrattuale o quantomeno negoziale del vincolo. Ma ciò non significa che vicende relative allo svolgimento del rapporto societario non possano trovare il criterio di regolazione quantomeno nei principi che reggono il contratto.

7. – Un recente volume di un valente studioso del diritto amministrativo (Paolo Cirillo) intitolato significativamente “Sistema istituzionale di diritto comune” è inteso ad analizzare un fenomeno sempre più evidente. Quello che Guido Alpa ha scelto di descrivere “in termini

tellurici” come “uno smottamento dell’area del diritto privato sul diritto pubblico, che provoca un arretramento del diritto pubblico rispetto al diritto privato”; e al tempo stesso una controeazione del diritto pubblico che con diverse forme invade e si appropria di alcune delle aree tradizionalmente assegnate al diritto privato; fenomeno che Cirillo individua come “il nuovo diritto comune”. Esso non è il solo diritto civile “ma è il diritto dei rapporti complessi” ossia, nell’area di riferimento, il diritto amministrativo così come è stato riscritto dall’ordinamento laddove impone l’uso dei *principie* degli istituti del diritto civile. Nell’area del diritto privato, il diritto commerciale (che Asquini individuava come “l’ala marciante del diritto privato”) nella materia del diritto societario vede e ha visto accentuarsi con la riforma la convivenza del momento corporativo e organizzativo nell’atto del perseguimento dell’interesse sociale con il momento aperto agli spazi di autonomia negoziale destinato alla dinamica dei rapporti fra i soci e più in generale tra coloro che a vario titolo, nell’impresa, hanno operato investimenti nel mutevole equilibrio dei loro reciproci interessi. Persino le relazioni fra privato e Pubblica Amministrazione hanno visto il nascere di quel “nuovo diritto comune” che alcune innovazioni normative hanno introdotto nel diritto amministrativo tradizionale aprendolo espressamente all’utilizzazione di “principi e istituti” del diritto civile e, in particolare del diritto dei contratti; diritto civile in qualche modo così confermato come “il diritto generale”. Il riferimento più ovvio è alla legge n. 241 del 1990 e successive modifiche: il “piccolo codice” del procedimento amministrativo. In particolare, dai primi 11 articoli della legge si ricava l’apertura all’autonomia negoziale di vasti spazi di esercizio dello stesso “potere autoritativo” della Pubblica Amministrazione fino a rendere “l’accordo” strumento sostitutivo dell’esercizio della potestà pubblica e fino a recepire per la loro regolazione proprio i principi del diritto dei contratti.

Altre volte accade però che siano risorse culturali nate e cresciute sul terreno del diritto amministrativo a trovare spazio per esportarsi sul terreno del diritto privato; e che sia in qualche modo la scuola civilistica a doversi *mettre à l’école* di quella amministrativistica. La tecnica del cosiddetto abuso del diritto involge la valutazione della congruenza tra i poteri che l’ordinamento privato conferisce ad un soggetto e la funzione economico sociale di tale conferimento.

Certamente la centralità della figura dell’eccesso di potere e la percezione di questo per il tramite di figure sintomatiche via via scaturite sul terreno dell’esperienza giurisprudenziale è il primo termine di confronto che la civilistica può trarre dalla ormai più che secolare storia dell’istituto entro il diritto amministrativo. Nel 1938 scriveva un oscuro autore che porta il mio cognome (Francesco Rovelli “Lo sviamento di potere” in Studi in onore di Bacchelli) che lo sviamento di potere è la figura sintomatica che più si

confonde con la stessa violazione di legge; ma che essa in realtà riassume a livello di più alta evidenza la stessa patologia espressa dalle altre figure sintomatiche; che la sanzione di invalidità dell'atto di invalidità si identifica con la ragione della garanzia del *civis* soggetto all'esercizio della potestà amministrativa rispetto alla condotta della pubblica amministrazione che sia "solo formalmente conforme alla legge", ma in realtà eccedente i limiti funzionali per i quali il potere è conferito. E aggiunge che si tratta di un "modello di legittimità" che rifiuta la mera equivalenza con la legge scritta, con i *verba legis*, ma che va calibrata caso per caso sull'esigenza di reprimere situazioni di abuso. E in effetti fin dal 1889 l'esercizio del controllo di "legittimità" sugli atti della pubblica amministrazione fu configurato come rimedio non solo alla illegalità definita secondo la regola della fattispecie, ma con l'individuazione, quale vizio di legittimità, dell'eccesso di potere. Può, come ho ricordato all'inizio, riconoscersi che la genialità dei padri fondatori delle categorie dogmatiche del diritto amministrativo fu quella di elevare a situazione soggettiva attiva – quella dell'interesse legittimo definito da Berti "il grande geniale inganno" – quella stessa situazione che è pur presente in diritto privato e che la volgata civilistica usa però qualificare come situazione soggettiva passiva: quella di colui che si trova in una posizione di soggezione a fronte dell'esercizio di un potere privato, situazione del tutto distinta da quella dell'obbligato entro la coppia diritto-obbligo.

Ora in estrema sintesi si può forse azzardare la seguente proporzione: l'abuso del diritto in diritto privato sta all'eccesso di potere in diritto pubblico come una situazione di soggezione di fronte all'esercizio di un potere privato sta all'interesse legittimo in diritto pubblico. Se non c'è il potere non ci sarà abuso del diritto, ma pura e semplice violazione del diritto. È vero che nel diritto pubblico ogni potere è per sua natura potere funzionale, mentre non è così o non è sempre così nel diritto privato, ma anche i poteri non funzionali hanno dei limiti. È compito dell'interprete individuare e utilizzare criteri di composizione sensibili alla forza assiologica degli interessi contrapposti. Occorre forse individuare – come la scienza amministrativistica ha saputo fare individuando le figure sintomatiche dell'eccesso di potere – criteri dotati di positività epistemica attraverso elementi che, tratti dall'ordinamento giuridico positivo, esprimono contrarietà a valori positivizzati (in primis la buona fede anche attraverso il suo collegamento con l'articolo 2 della Costituzione) o corrispondono a disvalori ad esempio realizzando effetti dannosi disfunzionali rispetto alla causa attributiva del potere.

Esemplificativamente, e con riguardo ad una questione lungamente controversa, quella se un recesso dalle trattative precontrattuali possa in certe situazioni configurarsi come causa di responsabilità risarcitoria verso la

controparte, Lina Bigliuzzi Geri dando risposta positiva alla domanda, enuncia il principio per cui, "accanto al diritto di ciascuna parte di recedere dalla trattativa sta l'interesse legittimo dell'altra parte a che quel potere di recesso sia esercitato secondo buona fede": e cioè – come scriveva un giovane Mario Bessone in un ampio scritto apparso sugli Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova del 1971 – con modalità corrispondenti all'uso che nella formazione del contratto ne fa "il normale operatore". Anche così la valutazione sull'esistenza dell'abuso, benché non operi in modo meccanicamente sussuntivo, resta di tipo fondamentalmente cognitivo perché analizza la correlazione fra la funzione tipica del potere attribuito e la divaricazione da essa dell'intento empirico, ovvero il difetto di proporzionalità fra detta funzione e il concreto atto di esercizio.

Questo esempio può servire anche a comprendere la rilevanza pratica e soprattutto sistematica dell'introduzione della clausola di buona fede in sede di formazione del contratto. Un gran numero di situazioni assai diversificate fra loro che la realtà delle negoziazioni continuamente esibisce, mostra come spesso al recesso di una parte consegua un pregiudizio anche grave per l'altra che non è facile giustificare in ogni caso. Ma nello stesso tempo non riesce affatto scontato che il danno causato dal recesso rientri nell'area di quelli che devono essere "redistribuiti" e non lasciati a carico di chi li ha subiti. Il potere di recedere dalle trattative precontrattuali costituisce un corollario importante del principio di libertà di iniziativa economica e si configura come diritto potestativo il cui libero esercizio non necessita di essere sorretto dalla dimostrazione della sua causa giustificativa. È certo che non si tratta di potere "funzionale" ma di potere attribuito dall'ordinamento nell'esclusivo interesse del suo titolare. La stessa vincolatività del contratto concluso trova la sua giustificazione sociale nella libertà di recesso nel periodo antecedente l'incontro dei consensi. Eppure l'esigenza di un controllo sulle modalità del recesso per verificare se si erano create situazioni di fatto produttive di affidamento meritevole di protezione è sempre stata oggetto di riflessione fra i giuristi volta a verificare un momento in cui il recesso ingiustificato può comportare responsabilità risarcitoria.

In Italia l'autore che ha più approfondito il tema a cavallo tra l'800 e il '900 (Faggella) aveva tracciato una progressione degli stadi evolutivi in cui si scandisce la fase formativa del contratto fino ad individuare uno stadio nel quale, per la progressione stessa della trattativa questa assume un carattere più impegnativo, individuato nella cosiddetta "autorizzazione anche tacita a trattare"; in cui i reciproci affidamenti lasciano quasi presumere accordo a che si completi il progetto fino alla conclusione dell'affare o alla verifica che questa non è possibile. L'indicazione era accolta oltralpe da Saleilles, il quale precisa come a tale stadio solo l'emergere della "divergenza economica"

giustifica la rottura. Il fondamento normativo di ciascuna delle due dottrine era fragile: per l'uno (Faggella) la *fictio* di un "accordo tacito autorizzativo a trattare"; per l'altro (Saleilles) la prefigurazione di una ipotesi di responsabilità oggettiva non prevista dalla legge. La dottrina del tempo quasi unanime rilevava che le parti, in tali fasi della formazione del contratto, hanno come limite al loro operare soltanto il dettato della responsabilità extracontrattuale (art. 1151 c.c. 1865). Carnelutti, nel 1912 (così come farà Orlandi quasi un secolo dopo) irrideva al tentativo di riportare alla responsabilità aquiliana la fonte della responsabilità per l'esercizio di un potere quale quello di recedere dalle trattative nella fase di formazione del contratto. E sottolineava l'evanescenza del dovere generico del *neminem laedere* paragonato a "una fata Morgana che ha per molto tempo illuso e continua ad illudere i giuristi"; come è dimostrato da ciò che "*l'aliquem laedere* è paralizzato dal suo *iure uti* nella formula per cui *qui suo iure utitur neminem laedit*".

L'articolo 1337, introducendo quale obbligo fra le parti nella fase precontrattuale l'osservanza del canone della buona fede, eleva il rapporto precontrattuale da mero "contatto sociale" ad un "contatto governato da un progetto" e dunque ad un rapporto obbligatorio il cui contenuto si specifica a stregua di buona fede. L'affidamento tutelato non è, né può essere, quello alla positiva conclusione delle trattative; ma è un affidamento che nasce dalla interazione di comportamenti precontrattuali reciprocamente dovuti. Su queste basi fondatamente la Bigliazzi-Geri poté rilevare che tramite la sottoposizione reciproca all'obbligo di buona fede oggettiva, al diritto di recedere fa riscontro un interesse legittimo altrui. Interesse legittimo a che quel potere di recesso sia esercitato in conformità alla sua funzione che è appunto quella corrispondente all'uso che, nella formazione del contratto, ne fa il "normale operatore". E ancora su queste basi Francesco Galgano in uno dei suoi ultimi scritti, cogliendo il collegamento tra abuso del diritto e clausola di buona fede, replicò ad Orlandi domandandosi: "*qui suo iure abutitur laedit?*".

8. – Si può dire che i casi di abuso del diritto emersi dalla pratica si raggruppano attorno a situazioni che vedono contrapposti il titolare di un interesse, che lo fa valere rifacendosi ad uno schema formale e la posizione di soggetti passivi sicuramente "incisi" da quell'atto di "esercizio di un diritto" e da esso danneggiati.

L'inquadramento che qui si vuole esplorare dell'abuso del diritto come tecnica equivalente a quella che ha condotto, in un lungo percorso storico, a costruire l'interesse legittimo come figura utile per far riconoscere spazi di tutela a chi è soggetto ad atti di esercizio del potere pubblico connotati da discrezionalità amministrativa, non significa resa alla tentazione di

inquadrare ciò che emerge come “nuovo” in categorie concettuali prefigurate, ma certo all’esigenza di saggiarne la attitudine a rientrare entro più collaudati paradigmi, se ciò può valere ad individuare criteri dotati di positività epistemica, piuttosto che a meno obiettivi criteri di giustizia (sia pure entro un quadro di valori condivisi).

Rileva Renato Rordorf (in uno scritto in ricordo di Giovanni Lo Cascio destinato ad apparire nella rivista da lui fondata intitolato “Il diritto esorbitante: abuso del diritto, abuso del processo, abuso del concordato”) che, definito il diritto soggettivo come “posizione giuridica di vantaggio riconosciuta ad un soggetto e diretta a tutela di un suo interesse”, ogni posizione di vantaggio, ogni posizione di potere cui corrisponde un’altrui soggezione, nasconde sempre in sé il rischio dell’abuso e perciò presuppone la necessaria individuazione di precisi limiti. E aggiunge – evocando l’oraziano “*est modus in rebus*” – che, se si esorbita da tali limiti “verrebbe meno la ragione stessa della speciale tutela attribuita al titolare del diritto dall’ordinamento”. Rammenta il consolidarsi dell’orientamento giurisprudenziale avviato con la sentenza n. 11151 del 1995 – più volte sopra ricordata – che ha configurato l’invalidità di delibere societarie pur formalmente adottate nel rispetto delle regole procedurali corrispondenti al formale paradigma legale che regola l’azione degli organi societari, quando il voto di un socio risultato determinante ai fini dell’esito della delibera, sia in concreto pre-ordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente il socio che così ha votato, in danno di soci di minoranza, per la violazione del canone generale di buona fede nell’esecuzione del contratto che ha dato vita alla società. Mostra qualche perplessità sulla sovrapposizione del cosiddetto divieto di abuso del diritto e dell’applicazione della clausola di buona fede che regola, in tutte le sue fasi il rapporto obbligatorio. Rileva così che andrebbe precisato che la violazione dei doveri di correttezza e buona fede entra in gioco quando si tratta di sanzionare il “modo scorretto” con il quale la parte persegue una finalità che legalmente le sarebbe consentita. L’abuso del diritto invece “sembra piuttosto attagliarsi all’ipotesi dell’utilizzazione dello strumento negoziale per una finalità diversa da quella per cui esso è stato concepito: non sono tanto le modalità dell’agire a venire in causa, quanto lo scopo che l’agente persegue, disallineato alla *ratio legis* che fonda l’attribuzione del diritto”.

Questa riflessione, specificamente calata sul tema del cosiddetto abuso di maggioranza assembleare, ci riporta a quella più generale introdotta in analoghi termini particolarmente da Giovanni D’Amico. Effettivamente le numerose applicazioni giurisprudenziali, anche fuori dei casi riconducibili alla materia – strettamente contrattuale ed allargata alla totalità delle relazioni obbligatorie, e persino ai diritti reali, come nella nota sentenza 15 novembre 1960 n. 3040 della Corte di cassazione sull’abuso del diritto di

proprietà, pongono il canone della buona fede oggettiva – o, riecheggiando un’antica contrapposizione, in senso “etico” – a fondamento della repressione dell’abuso del diritto. Questo ha spinto uno studioso – Andrea D’Angelo – che ha dedicato decisivi contributi all’approfondimento dei significati da attribuire alla “clausola generale” nell’ambito dei rapporti obbligatori, ad affermare che, anche alla luce della stessa clausola generale, “il riconoscimento o disconoscimento di diritti (...) e di doveri (...) non si riferiscono a precostituiti e astratti modelli di situazioni giuridiche soggettive, ma al contenuto di concrete e singolari posizioni giuridiche riferite al rapporto, al caso, alle sue circostanze”; così da dare fondamento alla configurabilità di un “diritto soggettivo concreto”, perché definibile, di volta in volta, rispetto alle circostanze del caso. Benché sia compito insostituibile della “dottrina”, attraverso la ricerca delle coerenze sistematiche espresse dall’apparato normativo complessivamente considerato e alla luce dei principi costituzionali, anche tramite l’analisi e la critica ragionata dei precedenti giurisprudenziali, tentare di enucleare regole di condotta dotate di positività epistemica, non può nascondersi che il ricorso che il legislatore fa alle clausole generali evidenzia il limite che il legislatore stesso riconosce alla propria capacità di ricomprendere atti, comportamenti, situazioni che si possono verificare entro fenomeni sociali naturalisticamente aperti a dinamiche sempre nuove, entro una tecnica normativa come quella detta della “fattispecie”.

Si può comunque in primo luogo esprimere il dissenso verso l’orientamento dottrinale (espresso con felice sinteticità da Orlandi) secondo cui “l’abuso del diritto” finisce per dissolversi nello “spazio dell’illecito, che tutto attiva nella propria sconfinata atipicità”. Pur nell’accresciuto spazio che il principio del *neminem laedere* ha assunto una volta passato da “norma secondaria”, mero strumento di tutela di situazioni soggettive riconosciute come tali dall’ordinamento, a clausola generale, lo spazio della buona fede oggettiva opera entro rapporti obbligatori e ha inizio là dove finisce lo spazio di protezione definito dalla tutela aquiliana; e questo non è destinato ad esaurirsi necessariamente nella tutela risarcitoria, ma può condurre a privare di effetti l’atto “abusivamente” posto in essere.

Sostiene Andrea D’Angelo che, messi da parte i complessi problemi di teoria generale, e nella prospettiva di soluzione dei concreti problemi che pongono le situazioni controvertibili nell’ambito di rapporti obbligatori, anche di fonte non contrattuale, l’abuso del diritto altro non è che una formula descrittiva dell’esito del giudizio di buona fede, e dunque niente aggiunge “alla regola che governa i rapporti obbligatori, e che consiste appunto nella clausola di buona fede e correttezza, munita di solido fondamento normativo”. E, in effetti, si tratta di clausola che, nel nostro ordinamento positivo, permea ogni momento del percorso dei rapporti

obbligatoria, che è diffusa nei principali ordinamenti stranieri, che si radica nella tradizione romanistica tanto che, come testimonia Talamanca, dal punto di vista della *bona fides* “si può scrivere la storia dell’intera esperienza giuridica romana o tentare di farlo” per il ruolo che essa ha avuto, di giustificazione della componente costituita dalla cosiddetta creazione pretoria del diritto.

Sembra dunque prevalere, in dottrina, l’opinione – specialmente tratta dal più agevole ritrovamento delle fondazioni nel diritto positivo della clausola di correttezza e buona fede – della sovrapposibilità della figura dell’abuso al generale dovere di correttezza. Resta la specificazione che la figura dell’abuso del diritto costituisce una tecnica di selezione e di sindacato degli interessi perseguiti nell’esercizio di diritti potestativi riconosciuti come tali dall’ordinamento, consentendo di reprimere forme di “uso” delle facoltà concesse dal diritto oggettivo che non appaiono però “meritevoli di tutela” da parte dell’ordinamento considerato in ogni sua parte (quasi a recepire l’antico insegnamento che esortava i giuristi a operare “*ut non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat*”). E allora ci si indirizza verso l’impostazione, suggerita da Francesco Galgano e talora recepita dalla giurisprudenza di legittimità (v. oltre alla citatissima Cass.20106 del 2009, Cass.18 ottobre 2003 n.15482 per cui “specifica ipotesi di violazione dell’obbligo di correttezza e buona fede...viene considerata proprio l’abuso del diritto individuato nel comportamento del contraente che esercita verso l’altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati”) secondo cui la relazione che si instaura fra le due clausole generali è relazione da *genus a species*; per cui la clausola del divieto di abuso è compresa in quella di correttezza, in quanto essa è uno fra i criteri di comportamento in cui si estrinseca il generale dovere di buona fede oggettiva. Certo, la indiscutibile “positività epistemica” della clausola generale non esclude che la stessa appartenga al *genus* dei concetti giuridici indeterminati o elastici.

Dobbiamo dunque dare per acquisito che il canone della buona fede oggettiva è costantemente posto dalla giurisprudenza, nelle applicazioni concrete, a fondamento della repressione di atti o di comportamenti ascritti a fattispecie di abuso del diritto, sia riferite a modalità scorrette, arbitrarie di esercizio del diritto, sia in ipotesi di divergenza dell’esercizio di un diritto dalla funzione per la quale quel diritto o quella facoltà sono riconosciuti dall’ordinamento. Nell’esperienza giurisprudenziale, che ha dato vita ad un diritto vivente secondo paradigmi concettuali analoghi a quelli che hanno sorretto gli orientamenti giurisprudenziali formati, in Germania, sotto l’egida del par. 242 del B.G.B., la clausola generale ha spettro sufficiente per coprire entrambe le “*species*” comprese entro lo stesso *genus*: quella di esercizio arbitrario e quella di esercizio difforme dallo scopo, dalla funzione

tipica, per cui il diritto, il “potere” – non necessariamente di origine negoziale – viene attribuito.

Ma è proprio nelle ipotesi in cui, anche nel diritto privato, in presenza di *organization recht*, si profila l'esigenza di individuare lo strumento di tutela capace di interpretare il piano individuale, ma anche quello collettivo (coesistenti entrambi nella delibera assembleare) che la formula dell'abuso del diritto porta un “valore aggiunto” nella individuazione, per ciascun caso concreto, del giudizio, pur formulato alla stregua della clausola di buona fede, direttamente riferito al “contenuto” dell'atto negoziale. In un certo senso è vero (come osservò Di Maio) che la buona fede, specie in relazione ai rapporti obbligatori “di durata” come sono i rapporti fra soci e società, è regola di “governo della discrezionalità”: lo è in relazione a situazioni che attribuiscono alle parti del rapporto obbligatorio un ambito di esercizio discrezionale, come avviene in presenza di clausole che attribuiscono diritti di recesso, lo *ius variandi*, ma anche il diritto di voto nelle assemblee di società commerciali. Lo stesso legislatore della riforma societaria utilizza una tecnica che impone all'operatore privato un obbligo di motivazione delle proprie scelte che cadono in contesti di grande delicatezza e in relazione ai quali il “governo della discrezionalità” vuol essere tenuto strettissimo controllo. Così all'art. 2391, comma 2, c.c. si prevede che, se uno degli amministratori componenti il Consiglio abbia un qualsiasi “interesse” in una determinata operazione della società, sorge in primo luogo un suo obbligo di “disclosure” verso gli altri consiglieri; e il Consiglio a sua volta, comunque decida “deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione”. E soprattutto, in base all'art. 2497-ter “le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e di coordinamento, quando da queste influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”. Ciò sta a significare che in questi casi l'esercizio di poteri non solo gestionali ma anche organizzativi, pur non inibito in linea di principio viene preso in particolare considerazione per dare assicurazione che il potere attribuito agli organi societari sia correttamente esercitato, in relazione alla causa del contratto di società e che non vi sia “eccedenza del mezzo”. E così la previsione dell'obbligo di motivazione corrisponde a due finalità. La prima è quella di costituire stimolo per chi è chiamato ad esercitare quel potere (ed in presenza della situazione di “sospetto” in cui si trova) a precisare a sé stesso e a dimostrare agli altri la precisa natura del fine e la congruità del mezzo. L'efficacia “preventiva” di questa prescrizione non pare negabile con il rilievo che *decision making* e motivazione non si identificano e che vi è netta distinzione fra contesto di decisione e contesto di giustificazione. Come rileva Taruffo, se chi agisce sa che deve giustificare le scelte formulando argomentazioni verificabili come razionali, “potrà essere

indotto a ragionare *ex ante* secondo criteri razionali” e scartare alternative non parimenti giustificabili. La seconda finalità è quella di consentire, *ex post* il controllo – anche quello giudiziale – sull’atto comportante l’esercizio di poteri discrezionali, pur facilmente confinabili col merito imprenditoriale; controllo reso più estrinseco e “quasi di legittimità”, se oggetto primo del controllo può essere non direttamente l’atto quanto la sua motivazione. Ma quale controllo? Ogni motivazione di decisioni, anche di quelle gestionali e organizzative di un’impresa è un’operazione retorica che va a riscontrare la conformità di quella decisione ad una regola che sta fuori di essa. Con particolare riferimento all’art. 2497-ter che riferito alla “società” comprende nel suo ambito operativo anche l’attività dell’assemblea e le sue scelte di carattere organizzativo la regola da osservare non è normativamente enunciata. Vi si ammette che alla decisione “influenzata” dalla capogruppo possono concorrere ragioni e interessi diversi fra loro e quindi non necessariamente coincidenti con l’interesse sociale della controllata, strettamente inteso. Ma ugualmente le decisioni della controllata pur influenzate dall’appartenenza al gruppo ed alla sua logica imprenditoriale unitaria, incontrano ugualmente il limite di legittimità consistente nel non contrasto con le “basi essenziali” del contratto di società e dunque nella sua causa lucrativa specifica entro una gestione comunque conforme al principio di correttezza. Così, certamente, la delibera – presa con il voto determinante del socio che ne ha il controllo ex art. 2359 I comma – di scioglimento e messa in liquidazione della società non può giustificarsi in motivazione se l’operazione è fatta esclusivamente in funzione dell’esclusione dei soci “esterni”, magari resa *ex post* evidente se segue ricostituzione della stessa tra i soli soci di maggioranza

È certo comunque che l’obbligo di motivazione non richiede un’esercitazione retorica fine a sé stessa e che – ricordando la distinzione di Perelman – la norma fa chiaro riferimento non alla retorica come persuasione (fenomeno di mero fatto verificabile anche con premesse fallaci), ma alla retorica come uso di argomenti ragionevoli ancorché di per sé non dimostrativi ben identificabili e suscettibili di controllo di legittimità.

La “falsificazione”, cosciente o meno dei presupposti di fatto costituirà un decisivo elemento sintomatico, in sede di giudizio, per inferire la deviazione dell’atto dalle ragioni enunciate e quindi dalla sua causa tipica, e per valutare la violazione di quella “norma senza fattispecie” riassunta in clausole generali.

Anche a tal fine va sottolineato che, per la prima volta (salvo gli obblighi procedurali a carico di amministratori di società posti dall’art. 2441 per il caso di aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione) vediamo utilizzata dal legislatore l’imposizione all’operatore privato di un obbligo di motivazione delle proprie scelte tra quelle comprese nello spazio

di autonomia negoziale. Se l'obbligo posto a carico degli amministratori dal II comma dell'art. 2391 concerne un'ipotesi di "etero gestione", la fattispecie descritta all'art. 2497 può estendersi anche ad atti assembleari e riguarda così una tipologia di atti che la legge rimette pienamente all'autonomia negoziale; ma evidenzia l'esistenza di limiti alla discrezionalità e quindi della necessità di una correlazione tra "potere" conferito e la funzione tipica per la quale il potere viene attribuito.

9. – Questo *excursus* mostra da un lato, come nei rapporti di diritto privato venga in considerazione l'elemento della "causa" *negotii*, dall'altro come, in presenza di spazi di discrezionalità nell'esercizio di facoltà, di poteri esercitabili nell'attuazione di rapporti obbligatori di diritto privato, emerga come, in quell'ambito di *indefinizione* o indeterminatezza circa lo spazio in cui la facoltà attribuita è legittimamente esercitabile, l'esistenza del potere non possa escludere affatto spazi di "cattivo esercizio" del potere stesso. Di qui il parallelismo, da esplorare, con la figura dell'eccesso di potere come governo della discrezionalità amministrativa; ma anche il rilievo che effettivamente riveste l'abuso del diritto come principale elemento sintomatico della violazione della buona fede oggettiva. Per ciò stesso questa relazione evita il disancoramento – paventato da And. D'Angelo – nell'applicazione concreta della clausola generale, da quella trama di norme (alcune delle quali a fattispecie analitica) che, entro i rapporti obbligatori di diritto privato costituiscono specifiche applicazioni della clausola generale.

Dunque si danno casi in cui l'abuso da sanzionare è ravvisabile nel "modo scorretto" con il quale la parte persegue un fine che, *ex iure*, rientra nelle sue facoltà perseguire; casi nei quali la violazione del dovere di correttezza e buona fede, come regola di comportamento, copre interamente la fattispecie perché colpisce proprio e direttamente un comportamento – la modalità scorretta – che produce danno alla parte che è soggetta all'esercizio di quel potere. In effetti, resta distinto nella sua ontologia, il caso dell'utilizzazione di un potere, diritto potestativo, facoltà per una finalità (id est per la realizzazione di un interesse) diversa da quella per la quale quella potestà è prevista dall'ordinamento. La scorrettezza esiste; ma scolora il momento del "comportamento" che sta a monte dell'atto negoziale e si oggettiva interamente nel "contenuto" dell'atto stesso: comportamento, come tale, come antecedente, si è oggettivato nel contenuto dell'atto. Anche quando il potere non può dirsi "funzionale" nel significato che, nel diritto amministrativo, viene attribuito a ciascuno dei poteri esercitabili dalla pubblica amministrazione, esso non è mai "illimitato" (come dimostra l'esempio appena fatto del potere di recesso dalle trattative precontrattuali, che pure raggiunge il grado massimo che l'ordinamento giuridico intende

conferire alla libera valutazione di una parte nel processo di formazione del contratto); e quando il potere è destinato ad essere esercitato in qualsiasi momento di attuazione del rapporto obbligatorio, esso ha origine da una fonte, negoziale o meno, che contiene una propria ragione, una "funzione economico-sociale" che non si identificherà mai nella facoltà di realizzare mediante il suo esercizio, qualsiasi interesse di chi ne è titolare, ancorché disallineato con la "ragione sociale" che fonda l'attribuzione del potere.

A questo punto, non si può fare a meno di considerare che, se la clausola generale di buona fede e correttezza vuole essere resa operativa anche per attribuire alla sua inosservanza effetto invalidante l'atto negoziale (come ritenuto nelle due ordinanze della Corte costituzionale sopra esaminate) posto in essere in violazione di essa clausola generale, allora l'attenzione ed il controllo non possono che ricadere sul contenuto dell'atto negoziale. Occorrerà verificare se il "precetto" scaturito dall'esercizio dell'autonomia – la "norma privata" così posta in essere – si pone entro la causa tipica dell'atto che l'ha prodotta; e, altrimenti, se essa è "meritevole" (ex art. 1322) di ottenere lo stigma e la protezione dell'ordinamento giuridico generale. Ciò comporta che l'attenzione vada spostata su un piano (che Renato Rordorf dice "diverso benché certamente collegato" all'ambito di operatività della clausola generale): quella dello scarto fra la causa tipica di qualsiasi fattispecie negoziale e quella cosiddetta "concreta" o soggettiva, intesa come la funzione sociale ed il concreto interesse che il singolo atto negoziale persegue, anche fuori ed oltre la sua corrispondenza al modello legale.

La formula che sembra meglio riassumere l'ordine di idee che sono maturate nella letteratura giuridica italiana sulla nozione di causa è ancora quella riassunta nelle parole di Emilio Betti e tratte da: "Il negozio giuridico" del 1955.

Afferma Betti: "nell'indagine sulla giustificazione oggettiva dell'autonomia privata occorre portare... un grado di sensibilità sociale del quale il vecchio individualismo dei giuristi non aveva sentore. Solo così, esaminata la struttura, forma e contenuto (il come e il che cosa del negozio), può riuscire fruttuoso indagarne la funzione (il perché). Tale funzione... con termine tecnico legittimato dalla tradizione si denomina la 'causa' ossia la ragione del negozio. Come i diritti soggettivi, anche i poteri di autonomia, infatti, non debbono essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui sono destinati: lo strumento dell'autonomia privata, posto nelle mani dei singoli, non deve essere sviato dalla sua destinazione".

La formula che riassume un tale ordine di idee è notissima e, nella letteratura giuridica italiana risale, con altre motivazioni, a tempi più remoti: la causa è la "funzione economico sociale".

In questo modo la "causa" viene a costituire il "medio" tra volontà e norma, tra autonomia e ordinamento. Certamente le recenti tendenze, manifestatesi nell'elaborazione di testi di diritto privato europeo (ma anche in alcune modifiche apportate in Francia, al *code civil*) sembrano orientate a ridimensionare il ruolo della *causa negotii*: da momento centrale di qualunque discorso sull'autonomia privata a possibile intralcio nella costruzione di un diritto privato europeo. Anche da ciò deriva la svalutazione della sua definizione, quella di astratta "funzione economico-sociale" di ciascun "tipo" negoziale, come tecnica di formalistico controllo sulla riconducibilità degli atti di autonomia ai fini generali dell'ordinamento: quasi costringendo l'autonomia negoziale, in quanto tale, al perseguimento della funzione di interesse sociale, secondo una linea "funzionalistica" che è presente tanto in relazione al diritto di proprietà (*ex art. 42*, secondo comma, della Costituzione) quanto all'impresa (argomenta *ex art. 41*, terzo comma). Forse questo ha portato nella più moderna dottrina privatistica al declino della nozione e alla sua ricostruzione in chiave di funzione economica "individuale", quale concreta regolamentazione di interessi, "causa concreta", la ragione giustificativa di ciascun specifico accordo, di ciascun patto, di ciascuna dichiarazione di volontà.

La "riduzione ad essenza" della figura del contratto nel Progetto europeo, ha portato alla rimozione della "causa" (così come della "*consideration*") dagli elementi essenziali del contratto, sembrando questo postulare un almeno apparente antistorico distacco della manifestazione di volontà delle parti da un sistema di regole esterne. Ma, in realtà, c'è una "invisibile" presenza della "causa" nei *Principles*; presenza che si manifesta ad esempio nel rilievo attribuito all'eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti, anche dipendenti da differenziata abilità nel condurre le trattative o per situazioni di dipendenza e altre rilevanti secondo "la natura e l'oggetto del contratto". Il significativo incontro tra giuristi continentali ed anglosassoni è avvenuto bensì abbandonando la centralità della nozione di causa o di *consideration* – come limiti esterni alla concreta pattuizione –; ma anche spostando il controllo dell'ordinamento sul "contenuto". Così, al limite esterno si sostituisce il limite interno alla concreta fattispecie negoziale, limite costituito dalla clausola generale di buona fede; e in tal modo si esplicita il passaggio, come è stato precisamente proclamato, dalla "*freedom of contract*" alla "*freedom of correct contract*".

Nel sistema ancora vigente in Italia, se appare enfatico assumere la "causa" come lo strumento generale di controllo sulla "socialità" del contratto, resta immutata la sua rilevanza sia nella indicazione degli *essentialia negotii* (art. 1325 n. 2) sia nella concreta disciplina (art. 1343 e art. 1322 secondo comma); resta aperto lo spazio di un controllo, specie attraverso il raffronto tra la "causa tipica" di un atto negoziale (nella sua

oggettiva e impersonale funzione) e la causa concreta, individuata nella funzione che il singolo atto realizza, per un controllo sulla sua razionalità complessiva, tratta dalla congruenza fra funzione tipica dell'atto, attraverso l'identificazione degli interessi perseguiti nel modello astratto e la regolamentazione di interessi presente nello specifico atto di autonomia. La nozione di "causa in concreto" non è (stata) soltanto uno "slogan di successo" (talvolta "abusato" dai causi dici), ma strumento – come lo è stata la figura dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo – per identificare l'area entro cui si può esplicitare il giudizio di "meritevolezza" della regolamentazione degli interessi delle parti come configurata dall'atto di autonomia. In un certo senso, può dirsi che, per questo mezzo, sia ravvisabile un eventuale abuso del diritto, inteso (v. Cass. n. 1184 del 2020) come "sviamento del diritto rispetto alla sua funzione tipica; la facoltà e i poteri inerenti ad un diritto soggettivo venendo utilizzati dal titolare per perseguire un interesse diverso da quello per il quale gli sono stati attribuiti".

Solo che, non valendo in diritto privato il vincolo di necessaria funzionalizzazione dei "poteri inerenti a un diritto soggettivo" alla funzione tipica propria dell'atto negoziale adottato, il controllo si sposta sul contenuto e la regola di governo (anche per superare il vaglio di meritevolezza cui soggiace l'atipico) non potrà che farsi con il ricorso a quella regola di governo di ogni rapporto obbligatorio sancito dall'art. 1175 del codice civile, riassunta nella clausola generale di buona fede oggettiva. La regola di governo è destinata a valere anche al di là degli effetti di un negozio validamente concluso (*in executivis*) ma estesa fino a ricomprendere tutti quegli obblighi integrativi anche di carattere autonomo, che si fondano sul venire in essere, fra soggetti determinati, di una relazione specifica riconosciuta dalla legge – *ex art. 1173 soprariocordato* – come fatto idoneo a produrre obbligazioni. Non si assiste, in tal caso, ad una specificazione del dovere del *neminem laedere* con il rischio di aprire davvero uno spazio "che tutto attira nella propria sconfinata atipicità" secondo la colorita espressione di Orlandi, ma ad una posizione di doveri correnti fra persone determinate: le parti del rapporto obbligatorio. Né il carattere "obbligatorio" della relazione può essere messo in dubbio per il fatto di esprimersi in una mera "regola di condotta"; regola che appare invece, secondo la felice espressione di Mario Bessone (nella Trimestrale del 1972) "così più significativa proprio perché il suo assunto è tanto indeterminato". La stessa regola destinata a governare la fase precontrattuale *ex art. 1337* si specifica poi in fattispecie particolari (vedi artt. 1718, 1812, 1821) alcune delle quali (quella, già ricordata dell'art. 1338, l'art. 1398, gli artt. 1892 e 1893 ed altre legalmente descritte) incidono sulla validità o sull'efficacia di atti di autoregolamentazione di privati interessi. Così da far dire a Cuffaro (nella

voce dell'Enciclopedia del diritto dedicata alla responsabilità precontrattuale) che la regola di comportamento esprime una potenzialità precettiva, che "non si esaurisce nel solo aspetto risarcitorio".

10. – Passando, dopo l'ampia esposizione dei temi di teoria generale che presiedono all'impostazione del problema, alle conclusioni sul tema specifico dell'abuso di maggioranza nella società di capitali, si sintetizzano i passaggi fondamentali che conducono alla proposta di soluzione.

La specificità del problema e la sua stessa problematicità derivano proprio dal fatto che, nell'attività dei gruppi, e particolarmente di un gruppo – di cui il socio fa parte – che esercita un'attività lucrativa, sul piano fenomenologico, può esservi un intreccio tra interesse personale dell'associato e interesse "comune" riassunto nella ricerca della massima valorizzazione del capitale investito. Il voto di ciascun socio esprime la libera valutazione dell'interesse sociale che è l'oggettivo interesse comune dei soci. La libertà di voto è certo espressione dell'orientamento liberale, che ha trovato conferma nel primo comma dell'art.41 della Costituzione, alla stregua del quale principio può ritenersi che lo strumento più idoneo per il conseguimento del bene comune sia la libera espressione di ciascuno dei partecipanti al gruppo. È proprio tale orientamento – che valorizza la funzione fondamentale di libertà di voto – che si coniuga all'adozione del principio maggioritario come mezzo più attendibile per il perseguimento dell'interesse comune. Questo è il "fine". Entro questo fine, la valutazione che ciascun socio fa dei propri interessi particolari – non in conflitto con il fine – potrà differenziare le scelte quanto ai mezzi per perseguire il fine comune; ma non per assumere, in luogo dell'interesse sociale, un'altra finalità. Libertà di voto e vigenza del principio maggioritario come strumento più idoneo per perseguire l'interesse comune è la "cornice" entro cui si colloca il diritto di voto: non tanto il "limite", ma la direzione positiva verso cui va indirizzato l'esercizio del potere. L'architettura della disciplina positiva delle società di capitali vede fondarsi entro la medesima *ratio legis* sia il riconoscimento del potere della maggioranza, sia, nell'ambito della tutela assicurata alla minoranza, la diversa distribuzione dei poteri assegnati alla stessa, attuata variandone l'intensità in ragione delle percentuali di partecipazione raggiunta. Il potere della maggioranza riposa, nelle società lucrative, non tanto sul principio per così dire "democratico" in quanto tale, quanto sul principio organizzativo che lega potere a rischio, sull'ovvio presupposto che la miglior scelta decisionale si presume collegarsi alla volontà di chi riceve i maggiori benefici se la decisione è buona – ossia la più idonea a realizzare l'interesse sociale – e i maggiori danni da quella "cattiva". Affinché il principio non perda il suo fondamento di carattere organizzativo, occorre però che non sia lesa, in linea di principio, la parità di

trattamento: occorre cioè che la decisione non sia destinata a produrre effetti favorevoli per i soci di maggioranza che non vadano a ripartirsi, nella stessa proporzione, fra tutti i membri della compagine sociale; ed è ratio confermata, come tale, dalla stessa disciplina del conflitto di interessi. *Ratio* che, pur non escludendo che il singolo socio, nell'esprimere con il voto in assemblea la propria volontà sulle determinazioni da prendere, terrà conto del proprio individuale interesse, dovrà indirizzarlo a prendere una decisione che, nella varietà dei mezzi a disposizione, abbia come fine il perseguimento dell'interesse sociale. La libertà nella scelta dei mezzi non potrà disgiungere la scelta del mezzo dal perseguimento del fine che è quello pre-costituito dall'ordinamento. Con l'ulteriore precisazione che, come emerge dalla disciplina positiva, il rischio varia (e con il rischio l'attribuzione di poteri) con il variare della misura delle partecipazioni sociali; e, allo stesso modo la correlazione fra l'attribuzione ai soci di minoranza di poteri di "autotutela" non prescinde affatto dalla misura del possesso di percentuali volta a volta determinate, di capitale di rischio.

La legge ricollega taluni poteri attribuiti alla "minoranza" a certe percentuali di capitale; poteri che possono variare o escludersi del tutto in ragione della misura di tale possesso. In entrambi i casi, in base alla ratio delle disposizioni normative che, anche in relazione ai diversi tipi societari, determinano i quorum costitutivi e deliberativi, in ragione del cui raggiungimento attribuire effetti valevoli per il "gruppo", di decisioni prese con il voto, può dirsi che il potere attribuito con il voto – pur nella libera valutazione dei mezzi per raggiungere il fine – non può essere scollegato da quel fine l'interesse sociale e dunque non è scollegato dalla funzione tipica per la quale il potere è conferito.

Ora, come ha rilevato Pietro Rescigno fin dal 1963, l'indirizzo interpretativo riassunto nella formula di "abuso del diritto" affonda le sue radici nel diritto positivo; e, sulla base di esso, porta alla luce – al di là dei requisiti formali – "la ragione sostanziale" per cui un potere viene concretamente esercitato, per porla a confronto con la ragione giustificativa delle previsioni normative intese ad attribuire ad un soggetto privato prerogative, poteri, facoltà che incidono nella sfera di altri soggetti. Con l'invito a chi, studioso o pratico del diritto, fa opera di interpretazione, di portare alla luce per ogni "istituto giuridico" la "ragione politica", la funzione economico-sociale, in una parola la "causa", che è quella che ne ha determinato la fondazione e che ne determina l'accettazione da parte della collettività. Su queste basi, con diverse parole, ma con uguale fondamento nel sistema normativo complessivamente considerato, si indica, da parte di Lipari, l'utilità di tale tecnica, non certo per negare spazio all'esercizio di un diritto normativamente riconosciuto, ma per poter definire la stessa "cornice formale attributiva del diritto"; e da altri (Sacco) si esprime apprezzamento

per il corretto utilizzo di “parametri di comparazione sensibili alla forza assiologica degli interessi” attraverso la necessaria valutazione della “correlazione fra poteri conferiti e lo scopo per il quale essi sono conferiti”. Il rilievo dell’esorbitanza dell’intento empirico dalla causa tipica, tuttavia, non basta di per sé a sanzionare l’atto con l’invalidità o con l’inefficacia; ma potrà assumere giuridico rilievo alla stregua delle osservazioni che seguono.

Possiamo prendere le mosse dal caso risultato paradigmatico anche nell’esperienza giurisprudenziale. È, in estrema semplificazione il caso del socio di maggioranza che vota un aumento di capitale, in assenza delle condizioni che rendono utile per la società l’ulteriore conferimento di capitale proprio, con l’unica finalità di ridurre la partecipazione dell’altro socio che egli sa non trovarsi nella situazione finanziaria che gli consenta di sottoscrivere le azioni o le quote di nuova emissione.

In questo caso, è certo lo scarto tra la causa tipica della fattispecie – voto assembleare – finalizzato all’individuazione della scelta più rispondente all’interesse sociale anche attraverso la libera valutazione dei mezzi per raggiungerlo e la funzione economica pratica (se vogliamo la “causa concreta”) che prescinde dalla ricerca conseguimento dell’interesse sociale, e mira ad un vantaggio individuale da raggiungere in danno di altri soci di cui viene ridotta la misura della partecipazione sociale (cosiddetta finalità depredatoria). La incongruenza teleologica dell’atto concreto rispetto al fine (la migliore realizzazione dello scopo comune del gruppo) che in una prospettiva “istituzionalistica” (costruita attraverso la figura dell’eccesso di potere come valevole per gli organi della pubblica amministrazione) inficia di per sé la validità dell’atto per la necessaria tipicità che associa l’atto di autonomia negoziale all’atto amministrativo; nella prospettiva “privatistica” e contrattualistica quanto meno del “rapporto” societario, non vale di per sé sola, a comportare invalidità del voto – e della delibera assunta in conseguenza del voto – per illiceità della causa o dei motivi. Vale soltanto a comportare l’accertamento del distacco della funzione economico-pratica che quel singolo atto (il voto decisivo in assemblea) tende a realizzare dal modello tipico che finalizza il voto al perseguimento dello scopo comune. Quell’incongruenza dell’atto concreto rispetto alla finalità della causa tipica, distacca quell’atto dal “negozio nominato” costituito dalla delibera assembleare e lo colloca fra le fattispecie negoziali atipiche, inserendolo così nell’area in cui si esplica il giudizio di meritevolezza.

La rilevanza della “causa in concreto” di atti generalmente considerati come attuativi del contratto sociale nella materia societaria è dimostrata anche dalla eccezionale previsione dell’obbligo di motivazione di un atto di autonomia, che (come nell’esempio in precedenza formulato) può estendersi ad ogni organo sociale, obbligo posto dall’art. 2497-ter, per cui ogni decisione “delle società” soggette a direzione unitaria, deve essere analiticamente

motivata e “recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”. In questo caso, l’atto di autonomia deve enunciare e spiegare la “ragione giustificativa”, la causa concreta della decisione presa. L’eccezionalità della previsione normativa sta nell’aver posto a carico degli organi sociali uno specifico obbligo di motivazione; e si spiega la scelta di un regime più specifico e più stringente rispetto a quello risultante, per i soci e per gli amministratori, rispettivamente agli artt.2373 e 2391, per il fatto che, nel caso dei “gruppi” l’interesse “altrui” rispetto a quello sociale non è un interesse occasionale del socio o dell’amministratore; ma è l’interesse che costituisce la ragione determinante dell’assunzione del controllo, che è l’interesse alla gestione dell’impresa facente capo alla società controllata sulla base di un collegamento ex art.2359 che rende, a priori, improbabile l’esclusiva considerazione dell’interesse della società controllata quale regola assoluta di gestione. Ma l’apparente amputazione del regime generale del conflitto di interessi non si traduce affatto in manipolazione della “causa” stessa del contratto di società (o di altro atto o negozio che ne abbia determinato l’origine) che risiede, in ogni sua manifestazione, nel perseguimento della finalità lucrativa comune a tutti i soci: gestori, finanziatori o “esterni” che essi siano.

Sotto altro profilo, va ribadito che la ragione giustificativa dell’atto unilaterale avente contenuto patrimoniale (art. 1324) in che consiste la manifestazione del voto è causalmente funzionale all’interesse della società; e lo è segnatamente l’atto che sorregge la delibera di aumento del capitale. *L’expressio causae* – rinforzata dalla previsione che ricorra una specifica “esigenza” facente capo all’interesse della società – che deve essere illustrata dagli amministratori con apposita relazione, valutata dal collegio sindacale e infine approvata dall’assemblea – si giustifica quando il diritto di opzione viene escluso o limitato. In tal caso, l’impossibilità per i soci di mantenere la propria percentuale di capitale non è “di mero fatto” e questo spiega e giustifica la specifica e rigorosa disciplina. Ma la norma vuole assicurarsi che l’operazione non sia esclusivamente destinata a creare alterazione nella misura rispettiva delle partecipazioni dei soci che prendono parte alla deliberazione. Se si conviene che la deliberazione di aumento di capitale di società per azioni e i voti che la sorreggono sono atti negoziali non qualificabili come “negozio a causa variabile” (come gli SWAP nella fattispecie decisa da Cassazione sezioni unite 12 maggio 2020, n. 8770) con la conseguenza che, in tale ultimo caso, in mancanza di individuabilità della causa concreta “l’affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito”) ma è atto caratterizzato da causa tipica, che si riassume nel fine di perseguire l’interesse comune dei soci con piena libertà nella scelta dei mezzi, occorre riconoscere che la divergenza della funzione

economica dell'atto dalla ragione assunta a base della previsione normativa non scolora nei motivi, ma assume una colorazione causale. I motivi restano esterni alla struttura negoziale, coesistono con tutti gli altri elementi essenziali e non assumono rilevanza causale; restano fuori dal negozio esaurendosi nella rappresentazione soggettiva di utilità ulteriori che il soggetto pensa di poter trarre dalla fruizione degli effetti negoziali. Inoltre, come sopra sottolineato, la proporzionalità tra misura della partecipazione sociale e rischio e correlativa attribuzione di potere, che è alla base del *link* fra maggioranza e potere di governo, opera anche correlando l'attribuzione di poteri – che si possono definire di autotutela – alla minoranza, legandola a determinate soglie di accesso variamente distribuite in relazione per quanto concerne le società per azioni i sottotipi (società quotate, società aperte, società chiuse) e alle previsioni dell'atto costitutivo. Con riferimento alle società quotate, nella disciplina del testo unico sulla finanza, è dato riconoscere, pur nell'indeterminatezza concettuale che questo genere di classificazione presenta, l'utilità di tipologie sociologiche, quali: l'azionista "risparmiatore" o mero investitore disinteressato alla vita della società (l'intruso di ascarelliana memoria), l'azionista imprenditore, detentore di un pacchetto di minoranza qualificata che, pur da una posizione di minoranza, partecipa alla vita della società, e infine l'investitore "istituzionale". Queste due ultime categorie ricevono, nella disciplina normativa delle quotate, strumenti di tutela per le minoranze che sono precluse al "socio risparmiatore". Ci si riferisce, senza dover ricordare le specifiche discipline, all'istituto cosiddetto della minoranza di blocco (attuato prevedendo per l'assemblea straordinaria di terza convocazione, accanto ad un quorum costitutivo stabilito in una percentuale del capitale sottoscritto, un quorum deliberativo calcolato sulla base non del nominale, ma del capitale rappresentato in assemblea. In questo caso è premiata – nel senso che la sua presenza determina un considerevole aumento percentuale del quorum deliberativo – la minoranza "attiva", come quella costituita da investitori istituzionali, ad esempio i fondi pensione. In altra fattispecie, di rilevantissima importanza, il quorum deliberativo si misura su una frazione del totale del capitale sottoscritto; ciò avviene (oltre che per l'approvazione di aumenti di capitale con esclusione del diritto di opzione in base alla norma codicistica di cui all'art. 2441) sulla base dell'art. 104 del testo unico della finanza che consente deroga, in caso di OPA, alla *passivity rule*, solo se le operazioni di contrasto siano state autorizzate dall'assemblea con il voto favorevole di almeno il 30% del capitale sottoscritto. E, in generale, vari poteri riconosciuti alla minoranza non sono esercitabili se non è superata una certa soglia di partecipazione sociale. La stessa possibilità di impugnare delibere assembleari illegittime al fine di ottenerne l'annullamento può essere proposta solo dai titolari di azioni aventi diritto di voto che

possiedono una quota di partecipazione che varia secondo che si tratti di società aperte o di società chiuse. E ugualmente avviene per la legittimazione a proporre denuncia al tribunale *ex art.* 2409; e la stessa denuncia al collegio sindacale, pur consentita a "ogni socio", è destinata ad avere necessariamente un seguito solo se proveniente da tanti soci che rappresentino una determinata quota di capitale sociale.

Particolarmente delicata è la situazione che, con il variare delle partecipazioni, si verifica a proposito di azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza. La legittimazione a proporre tale azione – che costituisce forse il simbolo più significativo di tutela delle minoranze attuata attraverso l'attribuzione di "poteri" da esercitare entro l'ordinamento societario – non è attribuita ai singoli soci in quanto tali (come nella *derivative action*) ma ai soci titolari da almeno sei mesi di una predeterminata quota di capitale sociale (un quinto del capitale o la diversa misura prevista nello statuto, purché non superiore a un terzo; un quarantesimo del capitale nominale nelle società cosiddette aperte). Il problema nasce dal fatto che, per il mutare della quota di partecipazione attribuibile a ciascun socio, nel corso del processo, i soggetti che hanno esercitato l'azione possono venirsi a trovare titolari di una quota di capitale inferiore alla soglia minima prevista dalla legge o dallo statuto. Se, come si ritiene, il possesso della titolarità della quota di capitale necessaria per l'esercizio dell'azione non è mero presupposto processuale, ma "condizione dell'azione", esso deve permanere e sussistere fino al momento della decisione, pena l'inammissibilità sopravvenuta della domanda stessa, secondo una soluzione più radicale. Tuttavia è vero che il processo, una volta nato regolarmente, se la minoranza attrice superava all'atto della sua introduzione la soglia partecipativa minima, è destinato a proseguire fino alla decisione, una volta che si sia perfezionato il contraddittorio con la società. Sicché, attivato il veicolo processuale, il processo ha nella società costituita un soggetto legittimato a radicarne la prosecuzione fino alla decisione. Ma, se la minoranza scende sotto la soglia minima essa perde il potere processuale di provocare la pronuncia sulla propria domanda; le "conclusioni" della società, espresse in conformità alle istruzioni fornite dalla maggioranza, saranno presumibilmente divergenti, dissociate da quelle del soggetto che ha iniziato la causa ma ha poi perduto la legittimazione processuale. Inoltre la conservazione delle soglie di partecipazione è la condizione non solo per la partecipazione della minoranza al processo, ma anche per l'applicazione della cosiddetta soglia di blocco – identica a quella che determina la legittimazione della minoranza a proporre l'azione, *ex art.* 2393, ultimo comma e 2393-*bis* ultimo comma – alle delibere di rinuncia o di transazione da parte della società.

La rilevanza che l'ordinamento riconosce al possesso di percentuali determinate di partecipazione sociale per attribuire al socio di minoranza l'intera gamma di poteri che esso dà alla minoranza stessa per rafforzarne la tutela e così anche meglio garantire la legittimità sostanziale dell'operato degli organi di governo delle società, mette in rilievo come una varia tipologia di operazioni societarie – *in primis* l'aumento di capitale sociale non richiesto al fine di realizzare l'interesse sociale, così come l'ingiustificato diniego di distribuzione di utili – si prestino, in relazione alle concrete circostanze (principalmente quella che vede taluno dei soci e in particolare il socio che crea disturbi o è ostile in condizioni economiche tali che non lo vedono in grado di esercitare il diritto di opzione o, nell'altra ipotesi addirittura costretto a “fare cassa” vendendo una parte del capitale investito) non solo a danneggiare alcuni soci a vantaggio di altri, ma a sovvertire a tale punto le stesse regole di funzionamento dell'organismo societario da porsi, in casi estremi, quasi in conflitto con l'ordine pubblico, con le conseguenze descritte all'art. 1345 del codice civile. Sembra corretto in tali casi, distinguere la “causa concreta” difforme dalla causa tipica di un atto negoziale “nominato”, come è il voto del socio in assemblea, sol per divergere dalla funzione economico sociale di perseguire il miglior interesse comune dei soci da ciò che costituisce, in altri casi, il “motivo” e cioè la rappresentazione soggettiva di un vantaggio particolare che in quel modo potrebbe conseguire dagli effetti dell'atto e che potrebbe non solo evadere dalla causa tipica e ricadere nell'atipico, ma essere colorato di vera e propria illiceità art. 1345.

Quale che sia il “motivo” soggettivo posto alla base dell'esercizio del diritto di voto espresso in modo non coerente con la causa tipica e riconosciuto che le norme sopra ricordate sono dirette a garantire, nell'ambito di ciascuna categoria, eguali diritti partecipativi – patrimoniali e amministrativi – in ragione della proporzione della propria partecipazione al capitale nominale, secondo quanto previsto dalla legge e dallo statuto, esse non garantiscono certo la immutabilità delle quote di partecipazione di ciascun membro del gruppo. Ma le modifiche delle quote partecipative devono poter avvenire o nei modi e nei casi previsti dalla legge (compreso il caso di aumento di capitale deliberato in funzione dell'interesse della società) o attraverso i meccanismi di mercato. Il socio di maggioranza può liberarsi della presenza fastidiosa del socio o dei soci di disposti ad avvalersi dei “contropoteri” partecipativi che la quota di capitale di partecipazione raggiunta gli consente di esercitare. Per questo egli dovrà negoziare un prezzo di cessione che inevitabilmente terrà conto del “potere negoziale” verso la maggioranza di controllo esercitabile da chi, con la cessione, andrà a perdere quei poteri di condizionamento e di controllo che spettano soltanto alla minoranza “qualificata”. Al vantaggio, per il socio di comando, del venir

meno dei vincoli e dei penetranti poteri di controllo spettanti alla minoranza qualificata, corrisponde la perdita per il socio o i soci di minoranza di quei poteri che a favore della minoranza stessa l'ordinamento gli ha attribuito e del valore patrimoniale che a quei poteri è connesso. In un caso, come quello sopra descritto, in cui in pendenza di azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza, il venir meno della legittimazione legata al superamento della soglia, prima della precisazione delle conclusioni, incide sul processo, sconvolgendone lo svolgimento fino a far perdere alla minoranza attrice il diritto alla decisione sulla propria domanda, o a rendere possibili per la società gestita dalla maggioranza la rinuncia all'azione. L'art. 35 del B.G.B., con riferimento a tutte le persone giuridiche a carattere associativo, stabilisce che tutti i "diritti particolari" di ciascun associato non possono essere pregiudicati senza il suo consenso da una delibera assembleare. Ma anche in difetto di specifiche normative di settore, l'operatività della clausola generale di buona fede offre rimedio all'esigenza che i rapporti interni fra gli associati si realizzino attraverso atti o comportamenti improntati a lealtà reciproca ed evita così di far assumere al gruppo provvedimenti che si concretano in vantaggi particolari per alcuni cui corrisponde il depauperamento di altri associati, senza che ciò trovi giustificazione nel superiore interesse comune. L'abuso del diritto, come proiezione oggettivata del dovere di correttezza e buona fede oggettiva (nozione che, richiamando Bessone, è tanto più opportuna quanto più è indeterminata) non può non coprire operazioni societarie attuate attraverso deliberazioni dirette a realizzare, nel risultato economico finale, un vantaggio del socio o del gruppo di maggioranza cui corrisponde un danno per la minoranza.

Conclusivamente può permettersi un'osservazione a latere. Sembrano fondate le obiezioni già scrutinate all'inizio circa l'applicabilità in via analogica (anche nella forma – fondata sul ricorso ai principi generali del diritto quale mezzo di auto integrazione dell'ordinamento – cosiddetta dell'analogia *iuris*) dell'art. 2373 sul conflitto di interessi. Qualche spazio potrebbe però aprirsi per un'applicazione diretta della norma che pone un limite all'esercizio del voto per il caso in cui agiscano nel votante specifici interessi extra sociali. La conseguenza non sarà l'invalidità *tout court* del voto determinante espresso dal socio in conflitto di interessi, ma l'attribuzione al giudice del potere di annullare voto e delibera previo esercizio di un "eccezionale controllo di merito" (così, Mengoni) consistente nella "prognosi postuma" della possibilità che la delibera sia dannosa per l'interesse sociale. L'ostacolo all'applicazione diretta dell'art. 2373 è sembrata risiedere nel fatto che, per l'operatività di tale disposizione, deve ricorrere il presupposto che, in capo al votante, siano presenti situazioni di conflitto obiettive e preesistenti alla deliberazione stessa; non rilevando a tal fine i

motivi che hanno ispirato il voto. Se non si vuol tradire il senso della norma non vedo come si possa escludere "l'interesse in conflitto" nella situazione del socio di maggioranza che, nell'esercizio del diritto di voto, assume come proprio "interesse" quello di ridurre la quota di partecipazione del socio di minoranza invisio. Certo non è questa la situazione tipica in cui si va a sostanziare la relazione tra un soggetto ed un interesse preesistente alla votazione. Ma il voto che si va ad esprimere per ottenere un proprio particolare vantaggio in danno di altro socio, si fonda sulla relazione tra esercizio del voto e vantaggio particolare del socio che è anteriore alla delibera. Non sembra potersi ridurre tale "relazione" – ai fini della ricorrenza della fattispecie descritta dall'art. 2373 – al solo elemento del "motivo". Il motivo soggettivo, in questo caso, altro non è che la proiezione psicologica del dato obiettivo che ne sta alla base: l'interesse. Quell'interesse particolare del socio che, se confliggente con quello della società, realizza il presupposto per l'applicazione dell'art. 2373. Dovendosi considerare altresì che un aumento di capitale che non abbia alcuna giustificazione non è "neutro", ma è confliggente con l'interesse della società inteso come interesse comune dei soci per la massima valorizzazione del capitale proprio investito. In estrema semplificazione si può ipotizzare che i mezzi finanziari per gestire utilmente un'impresa siano pari a 100, che l'utile annuale, al lordo delle imposte sia 20, che il capitale necessario sia al 50% capitale proprio e per il restante 50% preso a prestito con un costo del 10%. In tal caso il rendimento dell'operazione economica sarà il 20% sulla parte di capitale proprio e del 10% su quella parte che si avvale di credito bancario per un totale del 30% riferito al capitale proprio investito nell'impresa. Se in ipotesi – nella medesima situazione – si decide un aumento di capitale che faccia a meno del capitale di credito l'investimento di capitale proprio sarà 100 e il rendimento del 20% anziché del 30% sia pure sul minor capitale investito. Naturalmente si tratta di un calcolo del tutto astratto, ma che assume l'ipotesi data, che cioè sia deliberato un aumento di capitale che va a impegnare i mezzi propri dei soci in luogo del capitale di credito, senza che tale operazione trovi alcuna giustificazione nella gestione dell'impresa. Il conflitto con l'interesse sociale sussiste anche in questa ipotesi in quanto il danno per la minoranza – il socio o i soci di minoranza – passa anche attraverso la lesione di quello che è l'interesse comune dei soci.

Ciò che è centrale, sulla base delle riflessioni fin qui svolte è, in primo luogo, la mancanza di congruenza teleologica dell'atto, della sua "causa concreta" rispetto all'interesse comune, alla "causa tipica". Ciò non si traduce, di per sé in ragione di invalidità dell'atto; ma determina il rifluire del voto e della deliberazione assunta con il suo determinante apporto, nell'area della "atipicità", nell'area soggetta al giudizio di meritevolezza, giudizio da svolgersi alla luce della regola di correttezza e buona fede.

E così, anche all'interno di un'impostazione pancontrattualistica (ove si ammette la possibilità che le parti di una negoziazione possano, entro i limiti imposti dalla legge, anche evadere dallo schema tipico dell'atto) il "contratto di società", ma anche il rapporto che origina dalla costituzione di una società con atto unilaterale o *ex lege*, si articola per svolgersi – per ripetere la formula dell'art. 1420 – all'insegna del "conseguimento di uno scopo comune". E peraltro, il ruolo della clausola generale è centrale punto di riferimento sia come strumento di controllo dell'adeguatezza dell'atto di autonomia all'interno del rapporto associativo e degli equilibri che vi sono connessi, sia sotto il profilo più strettamente organizzativo come essenziale parametro per la valutazione dell'esercizio di poteri discrezionali (anche con riferimento a quanto sopra argomentato sulla relazione fra esercizio di poteri discrezionali, abuso del diritto e buona fede oggettiva).

Il voto e la delibera che consegue dalla votazione sono espressione di autonomia privata, sono atti negoziali. Ma essi, all'interno dell'ordinamento in cui operano, sono anche provvedimenti: "norme private". Secondo l'insegnamento che è dato trarre dalle due ordinanze della Corte costituzionale sopra esaminate (laddove considerano affetta da nullità virtuale la pattuizione che si pone in contrasto con la regola di correttezza e buona fede – considerata come norma imperativa per la sua elevazione a "principio" in forza della derivazione dall'art. 2 della carta costituzionale) la conseguenza dovrebbe essere quella radicale della nullità della delibera. L'ordinamento generale, che pone al vertice i principi costituzionali, non potrebbe dare riconoscimento e assicurare tutela ad una norma posta all'interno di un ordinamento particolare che contraddice una regola elevata a principio dall'ordinamento generale.

Entro un'ipotesi ermeneutica che vuole essere più vicina alla impostazione civilistica consegnataci dalla tradizione si è qui proposta una lettura che individua la "causa concreta" del voto assembleare come difforme e incongrua rispetto alla causa tipica di quell'atto; e, nell'ambito della valutazione che l'art. 1322 c.c. lascia aperta in ordine alla "meritevolezza" degli interessi che il negozio atipico mira a realizzare, non dubita che essa venga a mancare alla stregua della regola espressa dalla clausola di correttezza e buona fede, quando la finalità "depredatoria" nei confronti di altro associato è la sola che sorregge il voto e la delibera. Si ammette la piena libertà di espressione del voto del socio in assemblea, come libera valutazione sulla rispondenza del contenuto della delibera posta in votazione all'interesse sociale, inteso come interesse comune dei soci.

In sintesi, esistono univoci indici normativi che danno la giustificazione sia del principio di maggioranza sia dell'attribuzione di poteri di autotutela incidenti sulla disciplina societaria riservati soltanto a minoranze "qualificate", da cui si deduce il collegamento fra esercizio del voto e

perseguimento dell'interesse del gruppo sociale. Nello stesso tempo, la libertà di espressione del voto comporta che la valutazione dell'interesse comune possa esercitarsi dall'angolo visuale dell'interesse del votante; e che vi è comunque nella vita associativa una gamma di interessi individuali compatibili con l'interesse comune che possono essere lecitamente realizzati insieme ad esso.

Anche il perseguimento attraverso il voto da parte del socio di un interesse personale e non indirizzato a realizzare l'interesse sociale, pur esorbitando dalla funzione tipica del voto, non è, di per sé, illegittimo; ma per la sua "atipicità" è atto soggetto al controllo di meritevolezza e se, dal suo contenuto, risulta in contrasto col canone di buona fede, costituisce abuso del diritto di voto, incorre in nullità e, se determinante, induce nullità della delibera.

Parafrasando ora l'espressione della Bigliuzzi-Geri (a proposito della libertà di recesso dalle trattative precontrattuali di ciascuna parte ma della responsabilità in cui il recedente può incorrere) può affermarsi che, accanto alla libertà di ciascun socio di valutare attraverso il voto l'interesse comune da perseguire e il modo migliore per realizzarlo, sta l'interesse legittimo degli altri soci a che quella libertà, quel potere discrezionale sia, in primo luogo, esercitato in conformità alla funzione economico-sociale (la causa tipica) per la quale quella libertà, quel potere sono riconosciuti e conferiti dall'ordinamento. Se tale correlazione viene a mancare (come quando il socio persegue soltanto il proprio interesse particolare) allora la "norma privata" introdotta attraverso l'atto negoziale unilaterale è sottoposta al vaglio di meritevolezza degli interessi che essa va a realizzare. Difficile dubitare della non conformità a buona fede di un regolamento di interessi che, nel suo contenuto, è volto unicamente ad ottenere un vantaggio particolare per il socio di maggioranza con correlativo depauperamento di quello o di quelli di minoranza.

La "non meritevolezza" del contenuto di una deliberazione incongruente con la causa tipica dell'atto equivale ad illiceità dell'oggetto della delibera che ancora oggi determina la nullità della deliberazione ai sensi dell'art.2479.

Riesce in un certo senso confermata la tesi (presente fin dai risalenti indirizzi giurisprudenziali) sintetizzata nella formula secondo cui resta sanzionata la delibera caratterizzata dall'unica "finalità fraudolenta". Anche se si tratta di formulazione semplificata e semplificante che si presta a indurre in fraintendimento laddove utilizza la medesima espressione adoperata comunemente per identificare il cosiddetto negozio in frode alla legge (art. 1344). In quel caso la terminologia è correttamente adoperata perché è diretta a descrivere proprio il carattere individuativo della fattispecie di "elusione" di "norme imperative", ma non estendibile all'abuso

di maggioranza, salvo accettare la assai controversa ascrizione della “regola del caso” traibile dalla clausola generale di buona fede a norma imperativa *ex art. 1418 primo comma*, come è dato argomentare dalle ricordate pronunce della Corte costituzionale. Il richiamo all’art. 1344 presenta però l’occasione per sottolineare prima di tutto la conferma testuale della rilevanza ermeneutica della giustapposizione e confronto tra causa tipica e “causa concreta”. L’art. 1344, a ben vedere, non descrive un istituto ma enuncia, a sua volta, una clausola generale di “chiusura” del sistema. Il richiamo espresso alla rilevanza causale del cosiddetto atto – mezzo (o più spesso di contratti collegati) che produce il risultato vietato mostra come sia il legislatore stesso a far uso della concezione della causa come “causa concreta” dato che l’atto – mezzo (come riconosce lo stesso Roppo) è normalmente costituito da “contratti tipici”.

11. – Infine è dovuto un chiarimento circa l’enunciazione del caso “paradigmatico” sul quale ci siamo intrattenuti in questo paragrafo. Ivi abbiamo premesso che “è certo” lo scarto tra la causa tipica del voto assembleare, finalizzato alla ricerca dell’interesse sociale e la causa concreta di un voto che prescinde dall’interesse comune dei soci e porta all’approvazione di un aumento del capitale del tutto “inutile” e che è diretto soltanto a far ottenere al socio di maggioranza un proprio individuale vantaggio raggiunto in danno di altro socio.

È chiaro che la “certezza” che così stanno le cose e, in particolare, che l’aumento di capitale non abbia alcuna giustificazione riferibile all’interesse sociale, deriva da una sola cosa: che quel dato – come avviene nei teoremi di geometria – è quello assunto come “ipotesi” su cui condurre il ragionamento; e non ha alcun legame con situazioni concrete (è vero, ma è vero solo “per ipotesi”). Nella realtà almeno una delle premesse – e cioè quella che la delibera di aumento di capitale non trovi giustificazione nel perseguimento dell’interesse sociale pure inteso come interesse comune dei soci – non sarà incontrovertibile. Il suo accertamento, nel caso concreto, appare necessario per rispondere al criterio che si debba fondare sulla obiettiva rilevanza dell’abuso. Il problema dunque si sposta sulla valutazione relativa all’esistenza di situazioni economiche o finanziarie o di tipo aziendale che giustifichino un conferimento dei soci. Non ci si nasconde che dietro questo genere di valutazione si possa prospettare il pericolo dell’arbitrio giudiziale; o addirittura della attribuzione all’interprete della valutazione e individuazione dell’interesse sociale in luogo o in correzione di quelle espresse con l’atto di autonomia. Si tratta però di una tipologia di valutazione che il legislatore stesso non ha esitato ad attribuire al giudice terzo sulla base di un’altra clausola generale: quella di ragionevolezza.

Ci si riferisce all'art. 2467 c.c. in cui, dovendosi distinguere il regime del finanziamento dei soci alla società (cosiddetti finanziamenti in conto capitale) da quello che consegue ad un ordinario rapporto di mutuo sancendosi nel primo caso la regola della postergazione e dell'obbligo di restituzione del rimborso avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento si fa ricorso alla clausola di ragionevolezza. Si prevede così che sono da intendersi come finanziamenti dei soci in conto capitale quelli, "in qualsiasi forma effettuati", avvenuti "in una situazione finanziaria della società, nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento". La stessa regola è estesa (*ex art. 2497-quinquies*) ai finanziamenti effettuati dalla società madre nel quadro dell'attività di direzione e coordinamento verso altre società del gruppo. Si tratta certamente di un accertamento delicatissimo e dai rilevanti effetti pratici in quanto il giudizio sulla ragionevolezza dell'aumento di capitale nella concreta situazione rende il credito per la restituzione del finanziamento accordato alla società come credito subordinato e per questo in molti casi inesigibile. La delicatezza e la stessa difficoltà per il soggetto-terzo di formulare il giudizio non sta a significare che il giudizio in questi casi confini con l'arbitrio. Il giudizio però, per essere attendibile, richiede che il giudicante – giudice statale o arbitro nella giustizia privata – possieda una professionalità specifica, una preparazione adeguata. Di qui, con riferimento al giudice dello Stato, l'esigenza di specializzazione. Di una professionalità che non può essere indistintamente riferita alla totalità dell'umana esperienza ma quantomeno ad aree ben circoscritte di essa.

Il giudice, ma più in generale l'interprete, in tali casi non è neanche per finzione il passivo ripetitore di una volontà che si vuole o si vuol far credere compiutamente espressa dal legislatore. L'interprete partecipa alla determinazione del concetto e così alla definizione della regola. Si può dire che è l'ordinamento a fare una delega all'interprete; ma una delega siffatta non è una delega di potere; è una delega tecnica o meglio una attribuzione di potere a "legittimazione tecnica". Questa è l'espressione adoperata da Fabio Merusi, "*si parva licet componere magnis*", per dare una giustificazione al pur amplissimo spazio di potere anche politico e di politica economica che l'ordinamento attribuisce ad un singolo soggetto privo di investitura popolare: il governatore della Banca centrale. Una siffatta legittimazione non si alimenta della sola indipendenza del giudice e della sua capacità di raccordatore di norme, di derivare cioè dalla norma generale ed astratta (singolarmente individuata o derivata dal "sistema") la *lex particularis* che vale come *regula iuris* che definisce il caso concreto.

Come è stato rilevato da Renato Rordorf, in via di esemplificazione, "non è possibile stabilire se è stato o meno rispettato il principio di chiarezza nella redazione di un bilancio di società per azioni, oppure se vi sia stata o

meno violazione dell'obbligo di correttezza da parte di un intermediario operante in derivati finanziari, se non si abbia conoscenza delle tecniche espositive proprie dei bilanci di imprese o delle modalità di finanziamento del mercato dei derivati". La delega che è contenuta nella normazione per clausole generali non va né enfatizzata, quasi fosse delega politica, né repressa, quasi che possa prescindere dalla sperimentata conoscenza della realtà su cui la regola va specificata o va concretizzata. Anche in un regime di ragionevole attuazione della specializzazione del giudice (come è stato realizzato con la costituzione del Tribunale dell'Impresa) non potrà prescindersi, in problematiche come quelle aperte dall'art. 2467 dal ricorso alla consulenza tecnica. In ogni caso sembra raccomandabile che nelle controversie tecnicamente complesse e che comportano la concretizzazione di clausole generali per il tramite di valutazione e accertamenti tecnici che vanno ben oltre la professionalità esigibile dall'uomo di legge in quanto tale, si faccia larga applicazione della norma contenuta all'art. 197 del codice di rito che consente dopo l'esperimento della consulenza tecnica anche l'audizione del consulente in camera di consiglio alla presenza delle parti e in contraddittorio con i difensori delle stesse

Abstract

**ON ABUSE OF LAW AND ON THE PRINCIPLE
OF CORRECTNESS IN COMPANY LAW**

L'Autore, dopo l'esposizione della controversa problematica relativa alla sindacabilità del voto espresso nell'assemblea di società di capitali, ricerca la costruzione, in base a indici tratti dalla disciplina normativa, dell'individuazione di una "regola di governo" dotata di positività epistemica, destinata a valere anche per l'esercizio di poteri privati e, in particolare, del potere della maggioranza assembleare di assumere decisioni a sé favorevoli e dannose per i soci di minoranza.

After exposing the controversial issue relating to the reviewability of the vote expressed in the shareholders' meeting of joint stock companies, the author seeks the construction, on the basis of indices taken from the regulatory framework, to identify a "governance rule" epistemic positivity, destined to also apply to the exercise of private powers and, in particular, the power of the shareholders' majority to take decisions that are favorable to and harmful to minority shareholders.
