



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in Diritto Privato
Sezione della Scuola dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli" di Roma
Dipartimento di Scienze giuridiche, della Società e dello Sport
Settore Scientifico Disciplinare IUS/04

I SINDACATI DI GESTIONE NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

LA DOTTORESSA
FRANCESCA CALAGNA

IL COORDINATORE
CH.MA PROF.SSA ROSALBA ALESSI

IL TUTOR
CH.MO PROF. MICHELE PERRINO

CICLO XXVI
2016

INDICE

INTRODUZIONE	i
--------------	---

CAPITOLO PRIMO

I PATTI PARASOCIALI DI GESTIONE: INQUADRAMENTO

1. Fenomenologia dell'ingerenza sulla gestione.	1
2. L'esternalizzazione della gestione e i management agreements.	14
3. Il "fenomeno" dei sindacati di gestione.	18
3.1. L'esperienza attuativa dei patti. Alcuni esempi.	26
3.2. La componente soggettiva.	31
3.3. Sull'opportunità di distinguere la valutazione del patto in sé e in generale da quella dei suoi effetti.	34
3.4. Inquadramento della fattispecie.	38
3.5. Disciplina generale e applicabilità dell'art. 2341-bis c.c. Cenni alla regolamentazione dei patti di gestione nelle società quotate.	45
3.6. Vincoli sulla gestione e patti parasociali nel diritto tedesco.	56

CAPITOLO SECONDO

I PROBLEMI

1. Il sistema di competenze in tema di gestione e i patti in oggetto.	63
1.1. La riserva all'organo amministrativo.	68
1.1.1. (segue) Esclusività della gestione e direzione e coordinamento.	76
1.1.2. (segue) La ratio e l'impatto dei sindacati di gestione.	78
a) L'esperienza nazionale.	78
b) La prospettiva comparatistica.	89
Le implicazioni del modello dualistico e l'esperienza tedesca della Aktiengesellschaft.	89
La funzione gestoria nelle esperienze di common law.	97
A vinculação dos administradores e gli acordos de acionistas nel diritto brasiliano.	111

1.1.3. <i>(segue) Gli interessi degli amministratori.</i>	119
1.2. <i>Il rapporto con l'organo assembleare.</i>	125
1.3. <i>Ingerenza nella gestione e competenze implicite.</i>	130
2. <i>Vincoli sulla gestione e dovere di riservatezza.</i>	136
3. <i>La responsabilità per la gestione. Il ruolo dei soci sindacati.</i>	144
3.1. <i>L'amministratore di fatto.</i>	148
3.2. <i>La responsabilità dei soci di s.r.l.</i>	153
3.3. <i>Il richiamo alla responsabilità per abuso di direzione e coordinamento di società.</i>	159
4. <i>I sindacati di gestione nella giurisprudenza.</i>	164

CAPITOLO TERZO

SPAZI APPLICATIVI E LIMITI DI AMMISSIBILITÀ DEI SINDACATI DI GESTIONE: UNA PROPOSTA SISTEMATICA

1. <i>Fenomeni di esternalizzazione della gestione. Spunti ricostruttivi.</i>	173
2. <i>I sindacati di gestione come "fenomeno" e la molteplicità delle esperienze attuative.</i>	176
3. <i>La valutazione dei patti di gestione.</i>	178
3.1. <i>La liceità dei patti e la meritevolezza degli interessi perseguiti.</i>	185
3.2. <i>Il criterio della distinzione tra Oberleitung e Geschäftsführung.</i>	188
3.3. <i>L'ampiezza del vincolo e la determinatezza del suo oggetto.</i>	192
3.4. <i>Vincoli sulla gestione e dovere di diligenza.</i>	194
4. <i>L'esecuzione di un sindacato di gestione. Ruolo dei soci sindacati e riflessioni de jure condendo sulla trasparenza dei processi decisionali.</i>	198
4.1 <i>Configurabilità di una responsabilità da "gestione".</i>	199
4.2 <i>Invalidità originaria, invalidità sopravvenuta e inefficacia del patto.</i>	210

BIBLIOGRAFIA	214
--------------	-----

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA CITATA	236
------------------------------------	-----

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA STRANIERA CITATA	238
--	-----

INTRODUZIONE

Nel 1942, a proposito degli accordi tra soci, o fra questi e gli organi sociali, in grado di incidere direttamente sulla società, sulla sua vita o sulla sua organizzazione, fino ad invaderne la sfera giuridica e la competenza dei suoi organi, Giorgio Oppo scriveva quanto segue: «I problemi da considerare sono due: rilevanza degli accordi stessi per la società che vi è rimasta estranea e sulla quale si ripercuotono implicando in certo senso disposizione del suo ordinamento, del suo patrimonio e talora della società stessa; validità degli accordi stessi tra le parti a prescindere dalla loro efficacia per la società. Contrastanti esigenze si urtano nella soluzione di tali problemi: da un lato esigenze della pratica ed esigenze della buona fede richiedono sovente o per entrambi o per lo meno per il secondo la soluzione affermativa; dall'altro tale soluzione contrastano la rigida applicazione della legge e la coerenza del sistema rifuggente da soluzioni empiriche anche se informate ad equità, e la non meno reale necessità di salvare le garanzie dell'ordinamento sociale e l'autonomia giuridico-patrimoniale della società in pro' dei soci e dei terzi; autonomia che vacilla di fronte alle affermazioni sempre più insistenti e pericolosamente espansive della società come schermo che si dissolve di fronte alla buona fede ed all'equità, non più soggetto giuridico che ha, finché esiste, tutela giuridica propria per i propri diritti ed interessi e per i diritti e gli interessi dei terzi e della generalità che ad esso si appoggiano»¹.

Le parole di Oppo conservano un'incredibile attualità e fotografano le complessità e gli intrecci, tra azione della società e dei soci sulla società, connessi alla conclusione di accordi che minacciano di sostituire agli organi di questa singoli soci, operanti in veste extrasociale. Ed infatti, sebbene molte delle questioni che fino a non molto tempo fa si ponevano in materia di patti parasociali siano state superate in senso favorevole alla loro legittimità, quando un accordo parasociale interferisce con la competenza e l'autonomia dell'organo amministrativo (o, più raramente, dell'organo di controllo), si pone un contrasto - apparentemente - insanabile con i principi fondamentali che governano le società di capitali.

¹ Cfr. G. OPPO, *Contratti parasociali*, Villardi, Milano, 1942, 111 s.

La portata del problema e delle sue implicazioni trova conferma nella centralità della funzione e del ruolo dell'organo amministrativo nell'ambito della *corporate governance* e nella tendenza, comune ai principali ordinamenti giuridici, a valorizzare sempre più l'indipendenza e la professionalità dell'organo, a garanzia degli interessi alla cui tutela è preposto.

Rispetto al contesto giuridico così sinteticamente richiamato, l'esperienza dei sindacati di gestione minaccia un possibile sovvertimento del sistema, consentendo di intensificare e stabilizzare le occasioni di contatto tra soci (o terzi) e amministratori, con il rischio di asservire l'azione amministrativa al soddisfacimento di interessi divergenti e, potenzialmente, in conflitto con quello sociale.

Peraltro, la portata operativa di tale strumento contrattuale è ampia. Sebbene la flessibilità dell'organizzazione societaria e la qualità della struttura proprietaria incidano sulla frequenza degli accordi sulla gestione, nel senso che questi ricorrono maggiormente quando la rigidità della regolamentazione legale rende allettanti le soluzioni parasociali, ciò non equivale a dire che tali patti restino confinati ai modelli a ripartizione rigida delle competenze sociali (tipicamente la s.p.a.) o a struttura proprietaria altamente concentrata. Così, ad esempio, l'esame del tipo s.r.l. che, per gli ampi margini riconosciuti dalla legge all'autonomia privata, potrebbe far pensare che non vi siano ragioni di convenienza nel ricorso a un accordo parasociale sulla gestione, rivela, invece, il contrario: i sindacati sulla gestione, seppure meno frequenti, non sono assenti né "inutili". In termini analoghi, se si guarda alle esperienze di *common law*, risulta che, nell'ambito di quella inglese, tradizionalmente caratterizzata da una certa libertà, al momento della costituzione della società, nell'organizzazione e nella distribuzione delle competenze sociali (gestorie, in particolare), la giurisprudenza sugli *shareholders' agreements* è copiosa, a riprova della loro frequenza e della loro rilevanza pratica; allo stesso modo, nel sistema americano, la ricerca di canali di contatto tra i soci o i terzi e l'organo amministrativo è significativamente presente, sebbene ciò valga per le *close corporations* piuttosto che per le *public corporations*, dove è assente non tanto perché la proprietà è dispersa quanto perché essa non ha una conformazione costante (per la presenza di azionisti con partecipazioni significative, altri con

partecipazioni percentualmente meno importanti e investitori istituzionali) e ciò rende meno praticabile il ricorso agli accordi tra soci.

La questione dell'ammissibilità di un'interazione tra i soci o i terzi e i titolari dell'ufficio amministrativo costituisce, poi, una costante degli studi sulla funzione amministrativa e, quando questa si intreccia con il fenomeno parasociale, si arricchisce di nuovi e ancora più complessi risvolti.

Da un lato, la contrattazione parasociale si pone, per sua natura, su un piano parallelo a quello sociale e non ne subisce le restrizioni; dall'altro, il collegamento fra i due piani fa sì che ogni qual volta un patto sia in grado di incidere sulla società fino, eventualmente, a pregiudicarne la vita e l'organizzazione, esso debba misurarsi con i principi fondamentali del tipo sociale di riferimento.

Non stupiscono, quindi, né la diffidenza degli studiosi né l'importanza, nella realtà delle relazioni economiche, del *fenomeno* dei sindacati di gestione, vale a dire di quei patti parasociali che intendono creare dei canali stabili di contatto tra i paciscenti e gli amministratori, al fine di consentire ai primi di influenzare, con modalità e intensità variabili, l'attività dei secondi.

Ad un *fenomeno*, infatti, e non ad una mera categoria di patti si intende fare riferimento nel presente lavoro. La considerazione da cui si muove è che la molteplicità delle esperienze attuative dei sindacati di gestione ne rivela la natura di *fenomeno*, appunto, e che di tale caratteristica debba tenersi conto sia nell'inquadramento delle questioni giuridiche poste dalla conclusione di questi accordi sia nella valutazione e nella sistematizzazione degli stessi rispetto ai principi che regolano il sistema di governo delle società di capitali e la ripartizione delle competenze tra gli organi sociali.

L'argomento, inoltre, si presta ad essere affrontato da una prospettiva comparatistica, atteso che l'istituto dei patti tra soci è conosciuto nei principali sistemi di *common law* e di *civil law*, dove si discute anche dell'ammissibilità di accordi che vincolano l'attività dell'organo amministrativo. Nel corso del lavoro, diffusi sono i richiami agli ordinamenti tedesco, brasiliano, americano e inglese, al fine di ricostruire l'approccio della dottrina e della giurisprudenza straniera rispetto al tema e di verificare la tenuta delle soluzioni interpretative, elaborate in tali ordinamenti, rispetto ad alcune delle principali questioni poste dalla

conclusione di un sindacato di gestione nel diritto italiano.

L'obiettivo cui mira il lavoro è la verifica della sussistenza ed, eventualmente, dell'ampiezza di spazi applicativi del *fenomeno* dei sindacati di gestione.

Il campo di indagine dello studio è costituito, per l'ordinamento italiano, dalle società per azioni non quotate, sebbene vi siano frequenti riferimenti sia alle società a responsabilità limitata che alle società quotate ².

Per i sistemi di *common law*, la questione dell'ammissibilità degli *shareholders' agreements* che incidono sul *management* (generalmente inteso) è affrontata avendo riguardo alle *close corporations*, caratterizzate da una maggiore "vicinanza" tra la compagine sociale e gli amministratori e da una certa flessibilità nell'organizzazione della struttura societaria.

Tra i sistemi di *civil law*, particolare attenzione è dedicata all'approfondimento del diritto tedesco e dell'ammissibilità di vincoli parasociali (o contrattuali, in genere) a carico del *Vorstand* nella *Aktiengesellschaft*. Le similitudini che è possibile rintracciare tra questo modello e quello della s.p.a. di diritto italiano, tanto in punto di allocazione e concezione della funzione gestoria quanto in punto di caratteristiche strutturali del sistema societario, consentono di ricavare notevoli spunti per lo studio dei sindacati di gestione.

Infine, in ragione delle peculiarità della disciplina legale, proprio in riferimento all'ammissibilità di patti sulla gestione o, più precisamente, sul controllo (*acordos de controle*), costituisce oggetto di approfondimento la legge brasiliana sulle *sociedades anônimas*.

Il lavoro si articola in tre capitoli.

Il primo capitolo è dedicato alla ricostruzione della fenomenologia dell'ingerenza nella gestione, al cui interno si inscrivono i sindacati di gestione, intesi come realtà contrattuale multiforme, per intensità e per varietà di oggetto.

Il secondo capitolo ripercorre le principali questioni giuridiche poste dalla

² La scelta del campo di indagine si spiega anche se si considera che il ricorso ai patti parasociali è certamente più frequente nelle società chiuse rispetto alle società quotate, rispetto alle quali autorevole dottrina registra una progressiva erosione del campo di operatività dei sindacati. Cfr. G. B. PORTALE, *Patti parasociali con «efficacia corporativa» nelle società di capitali*, in *RDS*, 2015, I, 1 ss.

conclusione di un patto sulla gestione. A tal fine, il lavoro ricostruisce sia il dibattito che è maturato in seno alla dottrina nazionale sia le implicazioni che la conclusione di un patto del genere presenta in altri ordinamenti (tedesco, brasiliano, inglese e americano).

Il terzo capitolo è volto ad illustrare la tesi secondo la quale è possibile adottare un approccio meno diffidente rispetto al tema dei sindacati di gestione. Le argomentazioni poste a sostegno di tale tesi si articolano su tre livelli: *i*) la prassi dimostra che l'esperienza attuativa dei sindacati di gestione è variabile e che, pertanto, anche il grado di incidenza degli stessi sulla funzione gestoria varia (in ragione dell'oggetto e della durata del patto, dell'identità degli aderenti, del grado di discrezionalità residuo in capo agli amministratori, della fase in cui si trova la società *etc.*); *ii*) ne deriva che è possibile tentare una disaggregazione tra patti 'forti' (potrebbe trattarsi di quelli cui aderiscono direttamente gli amministratori o che attuano una sostituzione di fatto della compagine parasociale all'organo amministrativo o che vincolano gli amministratori a tenere un comportamento palesemente contrario all'interesse sociale) e patti 'deboli' (da organizzare lungo una scala che va da quelli meramente consultivi a quelli che realizzano un coinvolgimento più intenso dei parasoci nella gestione ma che lasciano impregiudicata la discrezionalità degli amministratori): mentre la valutazione dei primi potrebbe ragionevolmente arrestarsi al controllo della loro liceità *ex ante*, per i secondi sarebbe ragionevole tenere conto anche del momento attuativo, al fine di verificare, in concreto e caso per caso, se sussistono elementi per invalidare il patto e/o la deliberazione che ne è scaturita oppure per dichiararlo semplicemente inefficace (sul modello di quanto avviene, ad esempio, nell'ordinamento brasiliano); *iii*) infine, a prescindere dalle considerazioni sulla legittimità di tali sindacati e per il caso in cui patti illeciti trovino attuazione, è affrontata la problematica del ruolo dei soci sindacati, al fine di verificare se esiste nel nostro ordinamento una regola, di portata generale, che consenta di far gravare in capo a costoro una responsabilità "da gestione".

Palermo, 14 gennaio 2016

CAPITOLO PRIMO

I PATTI PARASOCIALI DI GESTIONE: INQUADRAMENTO

SOMMARIO: 1. *Fenomenologia dell'ingerenza sulla gestione.* - 2. *L'esternalizzazione della gestione e i management agreements.* - 3. *Il "fenomeno" dei sindacati di gestione.* - 3.1. *L'esperienza attuativa dei patti. Alcuni esempi.* - 3.2. *La componente soggettiva.* - 3.3. *Sull'opportunità di distinguere la valutazione del patto in sé e in generale da quella dei suoi effetti.* - 3.4. *Inquadramento della fattispecie.* - 3.5. *Disciplina generale e applicabilità dell'art. 2341-bis c.c. Cenni alla regolamentazione dei patti di gestione nelle società quotate.* - 3.6. *Vincoli sulla gestione e patti parasociali nel diritto tedesco.*

1. Fenomenologia dell'ingerenza sulla gestione.

Uno dei risultati più significativi della Riforma delle società di capitali del 2003 consiste nella rimodulazione delle competenze e del ruolo dell'assemblea dei soci attraverso un ripensamento della funzione dell'organo amministrativo e dei meccanismi di allocazione del potere gestorio.

Se si volge l'attenzione alle società per azioni e si confronta il vecchio impianto normativo con quello post-riforma, i dati più interessanti sono la mancata riproduzione della disposizione contenuta nell'art. 2364, n. 4, c.c. e l'introduzione dell'art. 2380-bis c.c. Come si vedrà meglio più avanti, con il primo intervento il potere dell'assemblea di ingerirsi nella gestione è stato degradato dalla facoltà di *deliberare* a quella di concedere *autorizzazioni* per il compimento di atti degli amministratori, nei soli casi previsti dallo statuto (art. 2364, n. 5, c.c.); con il secondo intervento è stata definita l'estensione del potere di gestione spettante agli amministratori in termini di *esclusività*¹.

¹ Si rinvia al capitolo secondo del presente lavoro per il dibattito che ne è scaturito e per le considerazioni svolte da autorevole dottrina tanto in ordine all'introduzione del principio di

Il tenore letterale dell'art. 2380-bis c.c., in particolare, sembrerebbe precludere l'ammissibilità di qualsiasi forma d'ingerenza nella gestione che possa, in quanto tale, scontrarsi con il summenzionato principio di esclusività della funzione.

L'organizzazione del sistema di *governance* della società a responsabilità limitata resta, invece, consegnato (seppure non illimitatamente) all'autonomia privata non solo quanto alla struttura dell'organo amministrativo ma anche in ordine alla distribuzione delle competenze gestorie tra questo e i soci (artt. 2479, co. 1 e 2468, co. 3, c.c.).

Nonostante l'assetto normativo appena richiamato, l'analisi della disciplina legale delle società di capitali e l'osservazione della prassi rivelano l'esistenza, anche nell'ambito delle s.p.a., di forme di *ingerenza* nella gestione che possono avere l'effetto di indebolire la funzione dell'organo amministrativo o di determinarne un "frazionamento" di poteri, rispetto alla concezione tradizionale di organo deputato in via esclusiva al governo della società.

La fenomenologia cui ci si intende riferire è molto ampia, ricomprende tanto fattispecie disciplinate dal legislatore quanto altre, diffuse nella prassi, e tra le quali vanno certamente annoverati i sindacati di gestione.

Giova segnalare, peraltro, che i patti di sindacato, specie se sul voto o sulla gestione, rappresentano, nella prassi, uno strumento di alterazione del principio della proporzionalità tra rischio e *controllo* del socio nonché tra rischio e *responsabilità*². La rilevanza che essi assumono nell'esperienza delle società di

esclusività della funzione gestoria (ritenuto da taluno non strettamente necessario in considerazione delle indicazioni della legge delega per la riforma del diritto delle società di capitali), quanto in ordine al "limite" delle «operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (art. 2380-bis, co. 1, c.c.).

² Significativo in tal senso lo studio condotto nel 2007 dall'*Institutional Shareholder Service* (ISS) in collaborazione con lo *European Corporate Governance Institute* (ECGI) e la *Sherman & Sterling LLP* dal titolo "*Report on the proportionality principle in the European Union*" (in http://ec.europa.eu/internal_market/company/shareholders/indexb_en.htm).

Lo studio analizza il principio della proporzionalità tra rischio e proprietà con particolare attenzione all'esercizio del diritto di voto e all'impatto degli accordi parasociali sullo stesso nelle società quotate nei principali Paesi Europei. Il *report* offre spunti interessanti anche sui casi di influenza *diretta* dei patti di sindacato sugli organi sociali, di gestione e di controllo e si propone di suggerire soluzioni giuridiche ai problemi che la diffusione di tali strumenti crea, con l'avvertenza, fondamentale anche ai fini del presente lavoro, che in nessuno dei Paesi oggetto di studio esiste un divieto generale alla stipulazione dei patti parasociali ma che, piuttosto, questi risultano diversamente regolati e diffusi anche in ragione delle peculiarità delle tradizioni

capitali, non solo quotate, rende, pertanto, quanto mai opportuno chiarirne i contorni e comprenderne i costi e i benefici, anche in termini di efficienza e di competitività.

Concentrando l'attenzione sui sindacati di gestione, il primo elemento da porre in evidenza è costituito dalla eterogeneità delle esperienze attuative di tali accordi parasociali. Da questa constatazione discende la concezione, da cui muove il presente lavoro, dei sindacati di gestione come *fenomeno* complesso e ad intensità variabile, e, conseguentemente, l'opportunità di un approccio interpretativo che di questa caratteristica tenga conto, mediante valutazioni articolate.

Fatta questa premessa, conviene inquadrare preliminarmente il fenomeno generale dell'"ingerenza" nella gestione nonché richiamare, seppure per cenni, le altre fattispecie che è possibile ascrivere alla medesima macroarea.

Di *ingerenza* può parlarsi quando un soggetto terzo, rispetto all'organo amministrativo ed, eventualmente, anche alla società, eserciti un'influenza diretta sulla gestione, o impartendo istruzioni più o meno vincolanti oppure compiendo direttamente atti di gestione e senza, in ogni caso, assumere la veste formale di amministratore di quella società³.

giuridiche di riferimento (ad esempio, sono quasi assenti nella tradizione nord-americana).

L'osservazione della prassi delle società quotate italiane rivela che lo strumento parasociale è frequentemente utilizzato, con effetti talvolta distorsivi della contendibilità del controllo. Chiaramente, la presenza di una disciplina puntuale sulla durata e sulla pubblicità dei patti consente una riflessione maggiormente ponderata, anche sullo stretto legame tra diffusione di patti di sindacato e struttura societaria. Dallo studio risulta, infatti, che in quei Paesi dove il ricorso ai patti di sindacato è raro o del tutto assente ciò è sovente legato o alla presenza di un azionariato molto diffuso (per cui è difficile che coalizioni parasociali riescano a incidere sul controllo) oppure alla presenza di investitori istituzionali (disinteressati a farvi ricorso).

Per un commento allo studio richiamato oltre che per interessanti riflessioni sui patti di sindacato, in particolare sulla gestione, si veda G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo: i patti di sindacato*, in *RDS*, 2008, I, 53 ss.

³ Cfr. M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, II bis, 332 che, a partire dalla disciplina della responsabilità dei soci di s.r.l. e da quella dell'attività di direzione e coordinamento, individua la base per la costruzione di un sistema generale di responsabilità per l'eterogestione intesa, appunto, come la partecipazione ad atti o decisioni di gestione ad opera di soggetti non formalmente investiti del relativo potere.

Per una panoramica sul fenomeno dell'eterogestione, seppure osservato dal punto di vista dei *covenants* finanziari, si veda M. MOZZARELLI, *Business covenants e governo della società finanziata*, in *Sistema finanziario e diritto dell'impresa*, collana diretta da F. ANELLI - A. A.

Come anticipato, il fenomeno non è in sé né sconosciuto al legislatore, che in alcuni casi lo ha regolato, né infrequente nella prassi dove, invece, se ne ravvisa una sempre maggiore diffusione.

Peraltro, nei casi in cui il legislatore ha dettato una disciplina specifica, ha espressamente regolato alcuni aspetti che si rivelano problematici anche nell'esperienza dei sindacati di gestione prevedendo, ad esempio, la responsabilità di chi si ingerisce.

Riferimenti legali a forme di interferenza nella gestione possono rinvenirsi nella disciplina della società a responsabilità limitata e in quella della direzione e coordinamento di società ⁴.

Con riguardo alla s.r.l. rilevano, da un lato, la flessibilità con cui è possibile organizzare la ripartizione di competenze tra organi sociali (art. 2479, co. 1, c.c.) e la facoltà di attribuire a singoli soci «particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società» (art. 2468, co. 3, c.c.) ⁵; dall'altro, la regola secondo la quale rispondono in solido con gli amministratori «i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi» (art. 2476, co. 7, c.c.).

In questo caso, parlare di “ingerenza” potrebbe apparire improprio, almeno nel senso che questa assumerebbe se predicata rispetto alla s.p.a. e atteso che i soci di s.r.l. vengono a svolgere un ruolo di governo che la legge riconosce come legittimo. Tuttavia, deve sottolinearsi che l'ingerenza non implica di per sé un'usurpazione illecita del potere spettante a un organo sociale ma è qui usata come un'etichetta neutra e generale, descrittiva del coinvolgimento nella funzione gestoria di un soggetto terzo rispetto all'organo amministrativo. Inoltre, al di là delle specificità del tipo legale, è significativa la regola di responsabilità sancita dal settimo comma dell'art. 2476 c.c., che

DOLMETTA - G. B. PORTALE - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2013, 93 ss.

⁴ Già M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, cit., 331 ss., a commento del progetto di riforma, riteneva di ravvisare in queste due discipline l'emersione a livello normativo di un fenomeno generale (l'eterogestione) e vi trovava conferma dell'esigenza, avvertita dal legislatore, di affrontare il problema della responsabilità da *mala gestio* aprendo la via a soluzioni interpretative più attente alla realtà degli assetti organizzativi.

⁵ Sugli spazi concessi all'autonomia privata per dare rilevanza alla persona del socio con ampi riferimenti anche ai profili attinenti al coinvolgimento nella gestione, cfr. M. PERRINO, *La “rilevanza del socio” nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, VI, 810 ss.

tornerà a richiamarsi quando ci si chiederà se esistono già nel nostro ordinamento soluzioni suscettibili di applicazione analogica per risolvere alcune delle questioni giuridiche poste dai sindacati di gestione (come quella della responsabilità dei soci sindacati).

Quanto all'attività di direzione e coordinamento di società, si può osservare che il legislatore ha predisposto un sistema positivo di obblighi e cautele in virtù del quale è "fisiologico"⁶ che una società controllante influenzi la controllata, anche in punto di gestione, ma la prima è per tale attività «direttamente responsabile» (art. 2497, 1° co., c.c.), in caso di esercizio abusivo, nei confronti dei soci e dei creditori della seconda. Pertanto, se per la società soggetta alla direzione e coordinamento la portata dell'art. 2380-bis c.c. potrebbe risultare rimodulata⁷, tale fenomeno è significativamente bilanciato da una regola di responsabilità. A prescindere da quale tesi voglia accogliersi in ordine agli effetti sul principio di esclusività della gestione, rileva che tale principio certamente non è di per sé incompatibile con l'esercizio di un'influenza sulla gestione, purché tale ingerenza sia limitata, giustificata e controbilanciata da una regola di responsabilità.

Tra i fenomeni di ingerenza nella gestione, ora contemplati anche nella

⁶ Nel senso che l'attività di direzione e coordinamento è tendenzialmente lecita, cfr. N. RONDINONE, *Società (gruppi di)*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. comm. Aggiornamento*, *****, Utet, Torino, 2009, 591 ss. Secondo F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004, 128, la disciplina della direzione e coordinamento di società conferma che il nostro ordinamento esprime un giudizio positivo sul fenomeno dell'eterodirezione, intesa come la circostanza in cui un soggetto in posizione di influenza dominante, grazie alla disponibilità della maggioranza dei voti, ha il potere di indirizzare stabilmente sia l'attività sia lo sviluppo dell'organismo societario.

⁷ Sulla compatibilità tra esclusività della funzione gestoria (art. 2380-bis c.c.) e attività di direzione e coordinamento si veda G. GUIZZI, *sub art. 2380 bis*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Della società - Della azienda - Della concorrenza*, artt. 2379 - 2451, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, Utet, Torino, 2015, 79 ss. e in particolare 82 s., secondo il quale, anche nell'ambito delle direttive provenienti dalla *holding*, gli amministratori della controllata manterrebbero la propria autonomia decisionale. La direzione e coordinamento, quindi, non determinerebbe «un'abdicazione al principio della esclusiva competenza gestoria degli amministratori e l'affermazione di una dialettica di tipo diverso tra amministratori e soci» quanto piuttosto «una più complessa articolazione e scansione della stessa funzione gestoria, che viene ad essere ripartita tra gli "amministratori della *holding*" e gli "amministratori delle partecipate"», riservandosi a ciascuno di essi una propria sfera di autonomia.

Il richiamo alla direzione e coordinamento, meglio approfondito nell'ambito del secondo capitolo del presente lavoro, è qui inteso come fonte di possibili spunti ricostruttivi del fenomeno dei sindacati di gestione, specie in punto di regole di responsabilità "da ingerenza".

disciplina codicistica, deve richiamarsi l'amministrazione di fatto (si veda l'art. 2639, co. 1, c.c.)⁸.

La fattispecie ricorre nel caso in cui un soggetto, estraneo all'organo amministrativo, agisca *di fatto* come se ne facesse parte, compiendo *direttamente* atti tipicamente rientranti nella funzione amministrativa. Ciò che rileva è che la giurisprudenza prima e il legislatore poi, hanno ritenuto di estendere a chi *concretamente*⁹ agisce in questo modo il regime di responsabilità pensato per gli amministratori di diritto (artt. 2392 ss. c.c.). Anche in questo caso, e salvo quanto si dirà più avanti a proposito della portata e dell'ambito di operatività di tale fattispecie, risulta che l'ingerenza nella gestione è un fenomeno che ha rilevanza fattuale e, talvolta, anche giuridica e che ad essa corrisponde una regola di responsabilità che, nel caso specifico dell'amministratore di fatto, intende evitare che per tale via possa eludersi il regime legale a danno della società, dei soci o dei terzi. Si vedrà, inoltre che, seppure possano ricorrere casi di sovrapposizione tra la fattispecie dei sindacati di gestione e quella dell'amministrazione di fatto¹⁰, la prima se ne distingue, di regola, proprio perché essa implica l'esercizio di un'*influenza* sugli organi sociali ma non che ad essi si *sostituiscono* uno o più paciscenti.

Venendo ai casi di ingerenza nella gestione diffusi nella prassi, possono richiamarsi le società c.d. *in house*¹¹ e i *covenants* finanziari¹². In entrambi i

⁸ Cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim.*; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le Società. Trattato* diretto da F. GALGANI, Utet, Torino, 2002, 18 ss.; F. BONELLI, *La prima sentenza della Cassazione civile sull'amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 1985, II, 182 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 4, Utet, Torino, 1991, 399 ss.; G. GUIZZI, *Problemi in tema di gestione delle società di capitali: quale responsabilità per gli amministratori di fatto?*, in *Dir. e giur.*, 2001, 19 ss.

⁹ Il punto è stato oggetto di ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza per la ricostruzione del quale si rinvia a quanto si dirà nel capitolo secondo del presente lavoro.

Cfr. Cass., 3 luglio 1998, n. 6519, in *Foro it.*, 1998, I, 3209; Cass., 12 gennaio 1984, n. 234, in *Giur. comm.*, II, 1985, 182 ss. con nota di F. BONELLI, *La prima sentenza*, *cit.*

Le decisioni che segnano il mutamento interpretativo sono Cass., 6 marzo 1999, n. 1925 e Cass., 14 settembre 1999, n. 9795, entrambe in *Giur. comm.*, 2000, II, 167 ss.

¹⁰ Cfr. Cass., 12 gennaio 1984, n. 234, *cit.*, 182 ss.

¹¹ Cfr. per tutti M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanon*, Utet, Torino, 2011, 473 ss.

Sulla giurisprudenza sul tema, cfr. E. CODAZZI, *La giurisprudenza sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il*

casi, accade che un soggetto terzo - l'ente pubblico o il finanziatore - si ingerisca nella gestione con possibili effetti distorsivi del sistema legale ove questi voglia assicurarsi poteri particolarmente incisivi, come quello di determinare gli indirizzi strategici della società.

Il fenomeno delle società c.d. *in house* acquista un duplice rilievo ai fini del presente studio. Da un lato, esso rileva autonomamente come manifestazione dell'ingerenza nella gestione, che rappresenta in sé un elemento costitutivo della fattispecie (sotto forma di controllo analogo)¹³. Dall'altro, in esso si intrecciano il tema dei patti parasociali e la questione dell'individuazione di strumenti che assicurino l'esercizio, da parte dell'ente pubblico socio, di un controllo *analogo* a quello che esso esercita sui propri uffici. In merito a questo secondo aspetto, e senza che ci si possa soffermare oltre sulla fattispecie, è interessante richiamare l'opinione autorevole di quella dottrina che ha intravisto proprio nei sindacati di gestione lo strumento adeguato per la finalità che si è detta¹⁴. Per inciso, si noti che, sulla presunta incompatibilità con il sistema legale di ripartizione delle competenze e con la norma di principio dettata dall'art. 2380-bis c.c., questa stessa dottrina ha osservato che «così come la disciplina italiana vigente

diritto societario, in *Giur. comm.*, 2015, II, 236 ss.

¹² La diffusione dei *covenants* o comunque di strumenti di coinvolgimento dei creditori sconta il rischio che gli stessi creditori si trovino a rispondere del controllo esercitato ingerendosi nella gestione. Viene in gioco, così, il tema generale del ruolo di chi si ingerisce e, in particolare, la questione della ricerca del giusto equilibrio tra regole di responsabilità a effetto deterrente di condotte abusive e regole troppo severe che potrebbero scoraggiare l'intervento dei creditori in operazioni di salvataggio di imprese in crisi.

Si tenga conto, peraltro, del fatto che generalmente l'intervento del *lender* (creditore) ha un impatto positivo sul valore dell'impresa. Sul punto, con riferimento ai risvolti in termini di analisi economica del diritto e ai vantaggi di una «moltiplicazione dei soggetti che alternativamente possono interferire nella gestione dell'impresa», cfr. M. MOZZARELLI, *Business covenants*, cit., 93 ss.

Per considerazioni analoghe riferite all'esperienza statunitense si vedano M. BRADLEY, M. R. ROBERTS, *The Structure and Pricing of Corporate Debt Covenants*, in *www.ssrn.com*, 2004; W. W. BRATTON, *Bond Covenant and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process*, ivi, 2006; S. CHAVA, M. R. ROBERTS, *How does financing impact investment? The role of debt covenants*, ivi, 2008.

Per una panoramica sulla partecipazione delle banche a operazioni del tipo richiamato e sui rimedi esperibili nei confronti di chi esercita il controllo cfr. L. BENEDETTI, *Le anomalie nel rapporto tra il controlling creditore le imprese finanziarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 494 ss.

¹³ L'altro elemento è la destinazione esclusiva o prevalente dell'attività della società *in house* a soddisfare esigenze dell'ente pubblico socio. Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 479.

¹⁴ Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 500 s.

consente di vincolare pattiziamente l'esercizio del diritto di voto dell'azionista, consente anche di vincolare pattiziamente le scelte gestionali degli amministratori, purché per finalità lecite e non lesive dell'interesse sociale»¹⁵.

Quanto ai *covenants* si osservi brevemente che essi rappresentano una categoria molto ampia di accordi tra il creditore e il debitore e che possono avere contenuto diverso. Le limitazioni in ordine al compimento di certe operazioni gestionali di carattere strategico ne rappresentano solo una delle ipotesi attuative¹⁶. Essi pongono una serie di questioni che sono strettamente connesse ai profili che si approfondiranno in seguito, quali quello dell'esclusività della funzione gestoria e della responsabilità per la stessa. Ci si limiti ad accennare, anche per coglierne le differenze e le similarità con i sindacati di gestione, che si tratta di accordi conclusi *dalla società* e che essi non necessariamente si traducono in una limitazione diretta della discrezionalità degli amministratori, potendo comportare forme di interferenza *ex ante* o *ex post* rispetto al compimento di certe operazioni da parte degli amministratori (ad esempio, l'accordo potrebbe imporre che il debito venga restituito entro una certa scadenza o che il rapporto tra il capitale di rischio e quello di debito non scenda al di sotto di una data soglia e, così facendo, indurre gli amministratori a tenere un certo comportamento).

Quest'ultima tipologia di vincoli si pone al confine dell'ingerenza nella gestione per come si è definita all'inizio¹⁷. La fattispecie dei *covenants* finanziari quindi, da un lato, dà conto dell'ampiezza del fenomeno dell'*eterogestione*; dall'altro, conferma che molte delle fattispecie riconducibili in tale area hanno una rilevanza prevalentemente fattuale che implica un esame dei confini di ciascuna di esse a partire da quelle che sono meglio definite, o perché

¹⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 501, il quale aggiunge che, se così non fosse, sarebbe difficile configurare l'ipotesi di controllo contrattuale di cui all'art. 2359 c.c.

Nel senso che, in mancanza di patti di gestione, il controllo contrattuale esterno, ex articolo 2359 c.c., sarebbe difficilmente concepibile, P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, in *I contratti per l'impresa. Banca, mercati, società*, a cura di G. GITTI - M. MAUGERI - M. NOTARI, II, ilMulino, Bologna, 2012, 430.

¹⁶ Per una riflessione di più ampio respiro sulla categoria generale dei *covenants* con riferimenti approfonditi all'esperienza statunitense e considerazioni in termini di analisi economica del diritto, si veda M. MOZZARELLI, *Business covenants*, cit., 1 ss.

¹⁷ Per una chiara ricostruzione dei profili richiamati, si veda M. MOZZARELLI, *Business covenants*, cit., 93 ss.

regolamentate dal legislatore o perché si è consolidata intorno ad esse l'opinione della dottrina e della giurisprudenza.

I fenomeni brevemente richiamati appartengono al medesimo contesto in cui si inseriscono i patti di gestione. Nel corso del lavoro e con riferimento alle diverse questioni giuridiche che si andranno esaminando, ci si chiederà, quindi, se è possibile trarne spunti sia ai fini della circolazione di alcune regole giuridiche (come nel caso della regola della responsabilità di chi si ingerisce) sia in punto di possibili intersezioni tra fenomeni (come nel caso del ricorso a sindacati gestori per assicurare il controllo analogo sulle società *in house* o nel caso in cui un paciscente agisca come amministratore di fatto).

Nel quadro così sinteticamente richiamato, i sindacati di gestione possono in prima approssimazione definirsi come quegli accordi¹⁸ parasociali, con cui i paciscenti intendono esercitare un'*influenza diretta* sulla gestione assumendo l'impegno a fare sì¹⁹ che gli amministratori si adeguino alle direttive che promanano dagli organi del sindacato²⁰. Come nelle altre ipotesi, sussiste anche

¹⁸ I termini "accordo", "patto" o "sindacato" vengono qui usati indifferentemente sebbene si ravvisi in dottrina la distinzione tra "accordi" e "sindacati", sul presupposto che soltanto i secondi avrebbero una struttura corporativa (sul tema e per un approfondimento dei profili strutturali e funzionali della contrattazione parasociale, cfr. L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 45 ss. Nello stesso senso anche V. CARIELLO, "Controllo congiunto" e accordi parasociali, Giuffrè, Milano, 1997, 33.)

¹⁹ La forza persuasiva dei paciscenti potrebbe dipendere da strumenti più o meno formali che consentano loro di esercitare delle pressioni sugli amministratori, o su alcuni di essi. Si pensi, ad esempio, alla prassi di farsi rilasciare dall'amministratore una lettera di dimissioni in bianco. Peraltro, «sul piano dell'effettività, un patto parasociale ben costruito e ben applicato può costituire strumento di controllo anche più efficace di una clausola statutaria», cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 501.

Sul punto, si noti però che neppure l'adozione di strumenti di pressione, così incisivi, da indurre gli amministratori ad attenersi *sempre* alle direttive provenienti dagli organi del sindacato, valgono in sé a rendere tali patti illeciti perché, per quanto tali pressioni sussistano, esse si pongono pur sempre su un piano extrasociale e, in tal senso, né sono suscettibili di esecuzione specifica né restringono la libertà di azione degli amministratori. Così, con riferimento all'ipotesi in cui la pressione "morale" dei paciscenti si traduca nella minaccia o, perfino, nella deliberazione della revoca dell'amministratore, questi potrà sempre invocare il difetto della giusta causa (cfr. R. TORINO nota a Trib. Modena, 2 dicembre 2010 (ord.) e 3 dicembre 2010 (ord.), in *Società*, 2011, VII, 840).

²⁰ Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati di gestione*, in *Impresa e società. Studi dedicati a Federico Martorano*, a cura di A. BASSI - U. BELVISO - E. BOCCHINI - D. BUONOMO - F. DI SABATO - G. LAURINI - M. SANDULLI, ESI, Napoli, 2006, 1185.

Da questa prima definizione appare evidente la differenza tra i sindacati di gestione e i sindacati di voto. In virtù di quest'ultimi, infatti, i paciscenti non decidono in ordine alla gestione ma si accordano sulla modalità di esercizio del voto in assemblea. I sindacati di voto,

in questo caso l'attitudine a incidere sulla gestione, intesa come amministrazione corrente o alta amministrazione, ma essa si realizza tramite lo spostamento surrettizio del centro decisionale dall'organo amministrativo ai soci riuniti in un patto parasociale.

Per comprendere la *ratio* del fenomeno e i punti di maggiore frizione tra la sua attuazione e i principi dell'ordinamento delle società di capitali, può osservarsi che l'organizzazione della gestione costituisce uno dei principali strumenti per massimizzare i risultati dell'attività economica e l'efficienza della produzione ²¹.

Si è già accennato al fatto che il legislatore ha regolato la distribuzione delle competenze tra gli organi sociali in modo flessibile per le società a responsabilità limitata, in modo più rigido per le società per azioni dove la funzione gestoria è attribuita in via esclusiva all'organo amministrativo (art. 2380-*bis* c.c.) ²² che ne è responsabile.

In tale sistema, i margini di manovra lasciati dal legislatore all'autonomia privata per l'organizzazione della gestione sono molto ridotti e, in ogni caso, (apparentemente) compatibili con l'esercizio di un'influenza soltanto *indiretta* sulla gestione: in primo luogo, può scegliersi la forma organizzativa che meglio si presta alle esigenze del caso e, quindi, personalizzare il tipo sociale entro i limiti consentiti dalla legge per la definizione del contenuto dello statuto; in secondo luogo, costituita la società, i soci potranno avvalersi dei canali

pertanto, comportano un'influenza sulla gestione soltanto *indiretta*. Si veda anche G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 64 che si riferisce ai patti parasociali «che si spingono, al di là del vincolo di voto assembleare, sino ad influire sull'azione dell'organo amministrativo, subordinando all'approvazione dei *partners* la realizzazione di particolari piani, operazioni, atti gestori, ovvero, ad approvazione avvenuta, incanalando l'attività gestoria in una direzione conforme alle decisioni adottate».

²¹ Cfr. F. BRUNO, A. ROZZI, *Patto parasociale occulto e non patto in società quotata: il caso (vittorioso) della Carige nella scalata Unipol a BNL*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 445 ss.

Storicamente il ricorso ai patti parasociali si diffonde nel nostro Paese a partire dalla seconda metà degli anni Venti del '900 al fine di garantire a uno o più soggetti il controllo di società o imprese. Sebbene il fenomeno sia inizialmente legato per lo più alla stipulazione di sindacati di blocco e/o di voto in sede di costituzione o ristrutturazione di importanti istituti bancari o società di grandi dimensioni, esso attesta la stretta connessione nella realtà socio-economica tra patti parasociali e controllo. Cfr., sul punto, V. CARIELLO, *"Controllo congiunto"*, cit., 1 ss. dove un'ampia ricostruzione storica dell'evoluzione del fenomeno anche all'estero.

²² Nell'ambito del modello c.d. tradizionale di amministrazione e controllo ma riprodotto anche nella disciplina degli altri modelli (si vedano l'art. 2409 *nonies* c.c. per il sistema dualistico e l'art. 2409 *septiesdecies* c.c. per il sistema monistico).

istituzionali di contatto con l'organo amministrativo. Così, se si opta per la s.p.a., i momenti per un'interazione, seppur *indiretta*, con la gestione saranno quelli della nomina e revoca degli amministratori e della deliberazione di un'eventuale azione di responsabilità nonché dell'autorizzazione per il compimento di atti degli amministratori nei casi previsti dallo statuto; se si opta per la s.r.l., a parte la regola di ripartizione delle competenze decisa nello statuto (art. 2479 c.c.), potranno attribuirsi a singoli soci «particolari diritti» riguardanti l'amministrazione (art. 2468, co. 3, c.c.).

Il ricorso a un sindacato di gestione mira, quindi, a estendere le possibilità di organizzazione della gestione oltre i limiti entro cui la legge consente di farlo a livello sociale, introducendo una forma di influenza *diretta* sulla stessa.

Secondo l'insegnamento di Oppo, la natura della contrattazione parasociale, del resto, risiede proprio nell'«integrazione e talora [nel] superamento del regolamento legale e statutario dei rapporti sociali con vincoli individualmente assunti dai soci fra di loro, o anche verso la società, o anche verso terzi organi sociali, che non si appoggiano come a loro fonte alla legge né allo statuto sociale ma derivano da accordi distintamente conclusi e quindi estranei al regolamento *sociale* (benché ad esso accessori) dei rapporti interni alla società»²³.

Il presente lavoro muove dalla questione se la portata dei principi che reggono il sistema di *governance* delle società di capitali e, segnatamente, del principio di esclusività della gestione nella società per azioni sia tale da rendere inammissibili *in ogni caso*, e quindi anche a livello parasociale, quegli accordi che mirano a superare il regolamento legale e a creare occasioni extra-istituzionali di confronto e/o incidenza sulla gestione della società²⁴.

²³ Cfr. G. OPPO, *Contratti parasociali*, Vallardi, Milano, 1942. Lo stesso A. precisava che, nello studio dei contratti parasociali, dovessero distinguersi due piani: la rilevanza del vincolo tra i paciscenti e quella nei confronti della società. Mentre il primo profilo non assume di regola rilievo perché rimane confinato, appunto, ai rapporti obbligatori tra chi aderisce all'accordo; il secondo esprime la misura dell'incidenza del patto rispetto alla vita della società.

Si veda pure F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO - R. GENGHINI *Il nuovo diritto societario*, t. I, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, XXIX, Cedam, Padova, 2004, 86.

²⁴ Queste considerazioni valgono tanto per la società per azioni, campo di indagine elettivo ai fini del presente studio, quanto per la società a responsabilità limitata, dove, nonostante la flessibilità del tipo renda meno pregnanti le esigenze generalmente sottese alla

I patti parasociali, quelli sulla gestione in misura speciale, pongono costantemente la questione della ricerca del punto di equilibrio tra interventi correttivi degli effetti distorsivi del sistema ed esercizio dell'autonomia privata.

È indubbio, infatti, che i rischi connessi alla stipulazione di un patto di sindacato sono molteplici: in primo luogo, per il tramite di tali strumenti può darsi vita a forme di concentrazione del controllo non accertabili da parte dei terzi, specie nelle società chiuse per le quali non è previsto alcun obbligo di comunicazione; in secondo luogo, il sistema societario è reso opaco non solo riguardo all'esistenza del patto e alla sua incidenza sulla costituzione di centri di potere ma anche rispetto alla trasparenza dei processi decisionali. Tale ultima considerazione risulta particolarmente vera non tanto, o comunque non solo, per i sindacati di voto ma soprattutto per i sindacati di gestione. Ed infatti, mentre l'accordo sul voto conduce a una deliberazione assembleare per la quale è prevista un'apposita pubblicità e in ordine alla quale è sempre possibile accertare chi ha espresso il voto e come (art. 2375 c.c.); ciò non è possibile per le decisioni del sindacato che *influenzano* quelle degli organi sociali (sindacati di gestione). Il principio della trasparenza rappresenta l'antidoto per i casi di conflitto di interesse, tuttavia, va osservato ²⁵ che ciò sarebbe meglio garantito

stipulazione dei patti parasociali, permangono casi in cui è "utile" farvi ricorso. Cfr. P. MARANO, *sub art. 2463. Costituzione. I patti parasociali*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. A. DOLMETTA - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2011, 130 s., secondo il quale l'autonomia privata nella predisposizione dei patti parasociali non può dirsi completamente surrogata dall'autonomia statutaria. L'A. osserva, inoltre, che «un altro possibile incentivo all'utilizzo diffuso dei patti parasociali nella S.r.l. è costituito, oggi, da taluni profili della disciplina che contraddistingue questo tipo societario. Si tratta, invero, di profili idonei ad attenuare una serie di aspetti di invalidità dei patti parasociali [...]» (p. 131), facendo riferimento poi, tra gli altri, ai patti stipulati con gli amministratori a favore dell'ammissibilità dei quali deporrebbe la norma di cui all'articolo 2468, co. 2, c.c.

Si vedano anche G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Sub art. 2463: costituzione*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da F. D. BUSNELLI, t. I, artt. 2462 - 2474, Giuffrè, Milano, 2010, 93 ss. e 269 ss., il quale è dell'opinione che non possa applicarsi in via analogica alla s.r.l. la disciplina dettata per la s.p.a. dagli articoli 2341-bis c.c. ss. e che, invece, tali patti siano soggetti alle disposizioni di diritto comune valide per i contratti (atipici) in generale, ovviamente fatta salva l'ipotesi in cui una s.r.l. controlli una s.p.a., nel qual caso è pacifica l'applicabilità della disciplina codicistica; M. COSSU, *I patti parasociali*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. FARINA - C. IBBA - G. RACUGNO - A. SERRA, Giuffrè, Milano, 2004, 51 ss.).

²⁵ Le considerazioni sono di G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 57 ss. Esse sono svolte con riguardo alle società quotate ma pare che possano valere anche per le società chiuse, compatibilmente con la differenza di regime giuridico.

se si potesse conoscere non solo “chi” decide ma anche “come” tali decisioni vengono assunte (in seno agli organi sociali e agli organi del sindacato), con notevoli implicazioni anche in ordine al dovere di riservatezza, per il cui approfondimento si rinvia al capitolo secondo.

D'altra parte, può dirsi che i patti parasociali non rappresentano un rischio in sé e che, al contrario, essi possono accrescere la ponderazione delle decisioni (tipicamente i sindacati di voto ma anche quelli di gestione) o produrre risultati in termini di efficienza, conferendo stabilità all'azione sociale ²⁶.

Condivide l'opinione e anche la soluzione suggerita, P. MONTALENTI, *I gruppi piramidali tra libertà di iniziativa economica e asimmetrie del mercato*, in *RDS*, 2008, 318 ss., il quale però ritiene che debbano restarne esclusi i sindacati di gestione (per i quali, invece, sostiene G. A. RESCIO, *loc. op. ult. cit.*, ve ne sarebbe maggiore bisogno). La ragione dell'esclusione risiederebbe nel fatto che l'ammissibilità di tali patti è incerta così come lo sono le decisioni assunte in seno al sindacato, configurabili, al più, come promessa del fatto del terzo, la cui esecuzione dipende dal fatto che l'amministratore si attenga alle istruzioni ricevute. Sul punto può osservarsi, in linea con l'opinione di G. A. RESCIO (*loc. op. ult. cit.*), che la questione della trasparenza dei processi decisionali dovrebbe prescindere da quella teorica dell'ammissibilità dei patti, dato che questi possono comunque rilevare di fatto per la società ove vengano eseguiti. Peraltro, l'incertezza richiamata da Montalenti riguarda l'esecuzione delle decisioni del sindacato ma non le *decisioni* in sé.

Resta da ribadire che le osservazioni richiamate riguardano le società quotate e che, per le società chiuse, non potrebbero riproporsi esattamente le stesse considerazioni: intanto, perché per queste è assente un obbligo di comunicazione dei patti; rispetto alle società chiuse, inoltre, dovrebbero bilanciarsi le esigenze di trasparenza (seppure ridimensionate dal mancato ricorso al mercato di rischio) con quelle di efficienza della regolamentazione e di politica legislativa al fine di evitare di prevedere soluzioni troppo rigorose rispetto a conformazioni societarie per le quali lo stesso legislatore ha ritenuto di dettare un regime meno severo (e che si fa tanto più rigido quanto più la società si apre al mercato).

²⁶ In questo senso, G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, *cit.*, 57 ss. e 67, il quale osserva che «i patti tra azionisti, in quanto forme di composizione degli interessi di costoro, non costituiscono un male in sé, bensì appunto strumenti suscettibili di utilizzazione virtuosa o viziosa a seconda delle intenzioni di chi li usa e di quanto consentito dall'ambiente giuridico di riferimento». Nello stesso senso, M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, 4, Utet, Torino, 2007, 478, osserva, riferendosi ai patti parasociali, che: «la presenza di queste modalità partecipative extraistituzionali può avere effetti diversi sull'efficienza e sulla vitalità dell'istituzione: entro certi limiti può rafforzarla, perché semplifica i processi decisionali [...] consente di valorizzare apporti di idee e di proposte che avrebbero difficoltà a manifestarsi per le vie istituzionali formali e - soprattutto - consente di stabilizzare i programmi e le strategie; oltre un certo limite, la presenza di accordi e organizzazioni collaterali può portare però alla paralisi e all'inefficienza dell'istituzione principale, che può ridursi a semplice stanza di registrazione di decisioni formatesi altrove, e spesso senza la trasparenza e le garanzie procedurali che le regole dell'organizzazione ufficiale invece sanciscono».

2. L'esternalizzazione della gestione e i management agreements.

Per definire più chiaramente i contorni del fenomeno “sindacato di gestione” occorrono alcune ulteriori precisazioni.

Non di ingerenza ma di “esternalizzazione” si tratta nel caso dei cc.dd. contratti di gestione o *management agreements*, contratti con cui la gestione (prevalentemente ordinaria) della società è affidata a un terzo, generalmente una società o un ente, specializzato nell’offerta di servizi di amministrazione ²⁷.

Si tratta di una fattispecie che è nata negli ordinamenti di *common law* e che, a partire dal XX secolo, si è diffusa come strumento di organizzazione del potere di gestione dell’impresa ²⁸. La frequenza con cui gli operatori economici vi fanno ricorso nel nostro ordinamento è relativamente ridotta o, quantomeno, limitata soprattutto ad alcuni settori ²⁹. E ciò certamente risente della difficoltà di rintracciare una struttura interna del potere di gestione analoga a quella tipica degli ordinamenti di *common law*, dove vige la distinzione tra competenze di alta gestione (affidate al *board of directors*) e altre di *day-to-day management* (affidate agli *officers*) ³⁰.

Il riferimento pare opportuno perché, a parte la denominazione delle due fattispecie, simile per il comune riferimento all’idea di un “accordo” sulla gestione, le questioni giuridiche poste dalla conclusione dei *management agreements* richiamano alcune di quelle ricorrenti in materia di sindacati di

²⁷ Per una presentazione generale del fenomeno e una ricognizione aggiornata del dibattito in seno alla dottrina nazionale, cfr. S. ROSSI, *I Management Agreements*, in *I contratti per l'impresa. Banca, mercati, società*, a cura di G. GITTI - M. MAUGERI - M. NOTARI, II, il Mulino, Bologna, 2013, 437 ss.

²⁸ Per una ricostruzione del fenomeno anche in chiave storica con ampi riferimenti alle principali questioni che esso pone, cfr. M. DIATHESOPOULOS, *General Content of Management Contracts*, in *www.ssrn.com*, 2010; ID., *Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms*, *ivi*, 2010, 35 ss.; e, per uno studio comparatistico della fattispecie nei sistemi statunitense, inglese e tedesco, ID., *Comparative Study of Management Contracts Regulation in U.S.A., Uk and German Legal Systems*, *ivi*, 2007.

²⁹ Come quello alberghiero, cfr. C. ALVISI, *Il contratto di gestione alberghiera*, in *Dir. tur.*, 2008, 225 ss.

³⁰ La distinzione corrisponde a quella tra *Oberleitung* e *Geschäftführung* propria dell’ordinamento tedesco, sulla quale si tornerà più avanti perché richiamata dalla dottrina come criterio utile per distinguere i vincoli sulla gestione ammissibili da quelli considerati illeciti.

gestione.

In senso stretto ³¹, con i contratti di gestione la funzione è *esternalizzata* cioè, letteralmente, portata al di fuori della società e affidata ad amministratori *esterni* i quali mantengono riunite nelle proprie mani la titolarità e la determinazione degli atti gestori ³².

Centrale è la natura delle competenze trasferite, trattandosi, in genere, di competenze attinenti alla gestione corrente e che, pur comportando l'esercizio di una certa discrezionalità da parte del *management provider* costituiscono «l'attuazione del progetto imprenditoriale elaborato dall'organo amministrativo della società» ³³.

La categoria è molto ampia perché ricomprende sia i contratti di mera consulenza che quelli di amministrazione vera e propria, così come varie sono le finalità che per il tramite di tali contratti possono perseguirsi ³⁴.

Si comprende per quale ragione, allora, nel caso dei sindacati di gestione, non possa certamente parlarsi di “esternalizzazione”, atteso che la titolarità della funzione amministrativa resta in capo agli organi della società mentre, solo di fatto ³⁵ e con un grado di intensità variabile, il *centro decisionale* si sposta da questi alla compagine parasociale che intende esercitare la propria *influenza* ³⁶.

³¹ Osserva S. ROSSI, *I Management Agreements*, cit., 437, che in un'accezione ampia l'*outsourcing* potrebbe ricomprendere anche quegli accordi che assicurano a una parte il potere di influenzare gli organi sociali. Tuttavia, se si ha riguardo all'origine del fenomeno, esso corrisponde a una nozione più ristretta, che è quella che si è data nel testo e che implica un *trasferimento* di competenze .

³² M. DIATHESOPOULOS, *General Content of Management Contracts*, cit., chiarisce che l'oggetto dei *management agreements* è «*the transfer of the management of an enterprise or corporation or business unit or facility from the owner institution (called recipient) to another external institution, usually referred as Management company (or provider), which is usually paid for the management services that it offers*».

³³ Così S. ROSSI, *I Management Agreements*, cit., 437.

³⁴ Tra le quali, principalmente, «la razionalizzazione organizzativa, la fruizione di competenze specializzate e di *know-how*, la concentrazione di funzioni amministrative nei gruppi, lo sviluppo di reti relazionali per la sostanziale condivisione di operazioni di *business*», cfr. S. ROSSI, *I Management Agreements*, cit., 437.

³⁵ Ma comunque in maniera diversa da quanto avviene nel caso dell'amministratore di fatto.

³⁶ Pur senza fare espresso riferimento ai sindacati di gestione, S. ROSSI, *I Management Agreements*, cit., 439, esclude dall'ambito dei contratti di gestione sia i *covenants* che gli accordi di dominio, proprio sul presupposto che questi si limitano ad attribuire al terzo poteri di condizionamento ma senza trasferirgli competenze. Inoltre, in genere, osserva l'A., questa seconda tipologia di accordi riguarda le materie di alta gestione.

Peraltro, la differenza tra patti di gestione e *management agreements* viene in evidenza anche se si tiene conto degli aspetti strutturali: i primi sono, per definizione, patti tra soci; i secondi, sono generalmente patti conclusi tra la società e un ente specializzato nell'offerta di servizi per la gestione. Il rapporto di accessorietà che lega entrambi gli accordi al contratto di società è ben diverso. Il contratto di *management* è concluso in nome della società ed è espressione di una scelta organizzativa adottata nelle sedi istituzionali³⁷. Il sindacato di gestione è, per definizione, concluso da tutti o alcuni dei soci, all'espresso fine di prevedere ciò che a livello statutario non è consentito o lo è entro limiti troppo stringenti.

Tra le questioni giuridiche che sembrerebbero porsi in termini simili per entrambe le fattispecie, ci si può riferire al problema della compatibilità dei contratti di gestione con il regime di distribuzione delle competenze tra gli organi sociali; un profilo, questo, discusso anche negli ordinamenti di *common law*, dove questi contratti sono di regola valutati positivamente. Per le notevoli implicazioni in tema di sindacati di gestione, queste considerazioni saranno riprese più avanti ma ci si limiti ad osservare sin d'ora quanto segue.

Ritenendo necessario isolare una sfera di competenze amministrative esternalizzabili³⁸, la dottrina nazionale ha fatto ricorso alla figura del direttore generale e, anche sulla scorta della legislazione speciale, ha ritenuto che possano formare oggetto dei contratti di *outsourcing* le competenze esecutive di un programma fissato, in linea di massima, dagli amministratori "interni",

Interessante la prospettiva di P. AGHION, J. TIROLE, *Formal and Real Authority in Organizations*, in *Journal of Political Economy*, 1997, vol. 105, 1 ss. i quali distinguono due livelli di allocazione del potere decisionale, quello "formale" del diritto di adottare le decisioni e quella "reale" del controllo.

³⁷ Nel nostro ordinamento il ricorso a questo schema contrattuale atipico è frequente in seno ai gruppi di imprese, cfr. P. MONTALENTI, *I management contracts*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato, diretto da F. GALGANO, t. I, Utet, Torino, 1995, 3 ss.

³⁸ Cfr. P. MONTALENTI, *I management contracts*, cit., 7, il quale si chiede se «non abbia diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento la distinzione tra *policy making* e *day-to-day management*, tra *Oberleitung* e *Geschäftführung* (se si vuole optare per categorie di *civil law*) e se, quindi, le nuove forme di organizzazione del potere gestionale nella realtà attuale della grande impresa possano considerarsi legittimate».

Si noti, peraltro, che da quanto osservato nel testo e dai richiami alla dottrina, pare che questa sfera di competenze in ogni caso si ampli se non è in gioco un trasferimento, un'esternalizzazione, delle competenze gestorie, ma una mera influenza sulle stesse.

individuando nell'art. 2381 c.c. un indice normativo utile a tal fine³⁹. E ciò sebbene la dottrina continui ad esprimersi in senso dubitativo sia in ordine alla riferibilità al direttore generale sia in ordine alla natura e al contenuto minimo del contratto di *management*⁴⁰. Si aggiunga, per inciso, che taluno⁴¹ ha, invece, fatta salva l'ammissibilità di un coinvolgimento di terzi, anche nelle materie di alta gestione, ove ciò avvenga nelle forme della consulenza e senza che l'organo amministrativo venga privato della titolarità di tali funzioni.

Quanto all'esperienza straniera possono richiamarsi, da un lato, gli ordinamenti statunitense e inglese, dall'altro, quello tedesco.

Quest'ultimo, sul quale si tornerà più avanti, pare essere uno dei pochi (se non l'unico) Paese europeo che ha espressamente regolato l'esternalizzazione nella sezione dedicata agli *Unternehmensverträge* (§§ 291 ss. *AktG*).

Nelle esperienze di *common law* i *management agreements* sono valutati positivamente ove si riferiscano alle competenze degli *officers*.

Nell'ordinamento statunitense, i *directors* non possono trasferire a un terzo le proprie competenze, neppure con l'approvazione dell'assemblea generale, perché sono tenuti ad osservare un *duty of loyalty* nei confronti dei soci ma sono anche tenuti a tutelare gli interessi degli *stakeholders*. Ne deriva che i contratti di gestione sono teoricamente ammessi ma vanno valutati in concreto alla luce dell'assetto di interessi che essi generano e della misura della deviazione da quanto prescritto dalla legge.

Nel sistema inglese, tali contratti non sono molto diffusi. Ciononostante può dirsi che, in ossequio al principio di libertà contrattuale, soprattutto nelle relazioni commerciali, non vi sono ostacoli alla loro conclusione, ferma restando la distinzione tra alta gestione e gestione corrente. Proprio su quest'ultimo punto, pare che, mentre è da ritenersi *vietata* ai *directors* l'assunzione di

³⁹ S. ROSSI, *I Management Agreements*, cit., 440 ss.; P. MONTALENTI, *I management contracts*, cit., 23. Di riferimento la disciplina speciale dettata per l'esternalizzazione dei servizi di investimento.

⁴⁰ Per le esigenze legate al presente lavoro, non ci si può qui soffermare oltre sui profili richiamati che meriterebbero un approfondimento autonomo. Ci si limiti a rinviare a P. ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 4, Utet, Torino, 1991, 463 ss.; P. MONTALENTI, *I management contracts*, cit., 20 ss.

Sulle questioni legate alla forma, alla natura e al contenuto del contratto, si veda S. ROSSI, *I Management Agreements*, cit., 443 ss.

⁴¹ S. ROSSI, *I Management Agreements*, cit., 444.

obblighi nei confronti di terzi con cui limitino la propria discrezionalità, impegnandosi a votare in un modo specifico all'interno del *board*⁴², quando il contratto risulta concluso dall'organo *in nome della società* ed è funzionale al perseguimento dell'interesse sociale, sarà lecito e anche i *directors* potranno adempiere agli obblighi da esso derivanti⁴³.

3. Il “fenomeno” dei sindacati di gestione.

Si è già anticipato che, ai fini del presente studio, si intendono inquadrare i sindacati di gestione come *fenomeno* ascrivibile a quello più ampio dell'ingerenza nella gestione. La scelta terminologica non è casuale, atteso che non si vuole qui guardare ai patti di gestione come se si trattasse di un blocco unico suscettibile di una valutazione univoca (di validità o invalidità) ma, appunto, come ad una delle espressioni dell'autonomia contrattuale che si caratterizza per il ricorrere di alcuni elementi costanti - l'effetto gestorio, la stabilità del vincolo, l'impegnatività dello stesso - ma può manifestarsi attraverso forme e soluzioni variabili per qualità e per direzione. La molteplicità delle esperienze attuative costituisce la cifra dei patti di gestione e ne spiega la complessità e la necessità di adoperare un metro di giudizio che non sia monolitico ma che - senza perciò determinare l'incertezza dei rapporti giuridici - coniughi la valutazione *ex ante* della liceità degli accordi con quella *ex post* della meritevolezza della loro attuazione⁴⁴.

Ciò detto, occorre definire meglio gli elementi costitutivi dei sindacati di

⁴² Questa considerazione richiama quella che può farsi anche rispetto ai sindacati di gestione, atteso che la dottrina italiana è pressoché unanime (ma non mancano voci contrarie) nel ritenere che i componenti degli organi sociali, di gestione o di controllo, non possano impegnarsi personalmente a tenere un certo comportamento in seno all'organo di appartenenza.

⁴³ Per l'analisi comparatistica si veda M. DIATHESOPOULOS, *Comparative Study*, cit., *passim*.

⁴⁴ V. BUONOCORE, *Commento a un patto parasociale*, in *Giur. comm.*, 1975, I, 445, a commento del secondo patto di sindacato Montedison, un patto di gestione e di blocco, osservava con riferimento all'impostazione da dare alla valutazione dei patti che prevedono un'influenza del sindacato sulle deliberazioni degli organi sociali come «[...] il problema abbia ricevuto la più esatta impostazione nei lavori dell'Ascarelli e, in particolare, in quella soluzione che abbandona il parametro di giudizio costituito dal motivo illecito, di difficile accertamento e che, seguendo una linea indicata dall'Oppo, sposta il discorso su di un piano obiettivo, e cioè sull'intensità dell'alterazione che il contratto parasociale provoca nel funzionamento della società: senza dimenticare, d'altronde, che esiste pur sempre una norma del tenore dell'art. 1322² c.c., che, lungi dal significare incentivo all'anarchia negoziale, introduce il principio del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti».

gestione, anche in rapporto alle altre categorie di patti parasociali.

L'*effetto gestorio*, infatti, non è sufficiente a connotare il fenomeno che si sta analizzando se si tiene conto del fatto che tale effetto può dirsi, in generale, proprio di tutti i patti parasociali.

Ed invero, tutti i patti mirano, in ultima analisi, a garantire ai paciscenti un'influenza, sulla composizione della compagine sociale o sull'espressione del voto in assemblea, che indirettamente si riverbera sulla gestione della società ⁴⁵.

A sostegno di ciò basti ricordare che il fine della stabilizzazione del governo della società è enunciato dall'art. 2341-bis c.c. come potenzialmente perseguibile attraverso ciascuna delle tre categorie di patto enunciate alle lettere a), b) e c) del medesimo articolo.

Anche a prescindere dalla controversa riconducibilità dei patti di gestione a tale disposizione, pare che ciò che rende autonomo tale fenomeno sia la volontà dei paciscenti di assicurarsi un'influenza *diretta*, attraverso la predisposizione di meccanismi ulteriori rispetto a quelli istituzionali per l'esercizio (la nomina e la revoca degli amministratori; l'autorizzazione assembleare, ove prevista dallo statuto; l'esercizio dell'azione di responsabilità) di un controllo sulla gestione. A differenza di quanto accade con i sindacati di voto, pertanto, i paciscenti non intendono semplicemente coordinarsi rispetto all'esercizio del diritto di voto in assemblea ma direttamente incidere sulla materia gestoria, nelle sedi e con le modalità previste nell'accordo ⁴⁶.

Già Oppo, tentando una categorizzazione dei contratti parasociali, secondo la funzione giuridica e l'intensità del vincolo, individuava un gruppo di patti per i quali il giudizio era «meno agevole» ⁴⁷, perché capaci di ripercuotersi sulla società «o in quanto diretti a influire sulla sua vita o sulla determinazione della sua azione o in quanto addirittura invadano giuridicamente la sfera di diritti

⁴⁵ Potrebbe osservarsi che tutti i patti parasociali, in quanto strumenti di regolazione dell'impresa, avrebbero effetti gestori in senso lato, e cfr. B. LIBONATI, *Sindacato di voto e gestione d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 97, il quale osservava che i patti parasociali sono il «momento portante della regolazione italiana del mondo imprenditoriale»

⁴⁶ In diversi contributi sui patti parasociali accade sovente di leggere della categoria dei sindacati azionari o dei sindacati di voto, intesi in senso ampio. In questo caso, non si tratterebbe solo del voto espresso in assemblea ma anche dei patti che intendono interferire con il voto espresso in seno ad altri organi sociali, segnatamente l'organo amministrativo. In questo senso, ad esempio, N. SALANITRO, *Il regime dei sindacati azionari*, in *RDS*, 1988, 750 ss.

⁴⁷ Cfr. G. OPPO, *Contratti*, cit., 111.

della società e la competenza dei suoi organi sostituendo a questi ultimi i singoli soci o la loro somma operanti in veste extrasociale»⁴⁸. Nell'ambito di questa ampia categoria, l'Autore distingueva i patti con cui un socio è tenuto ad un certo contegno nell'esercizio dei diritti che gli spettano in quanto tale (principalmente sindacati di voto e di blocco) e quelli destinati a creare una *sovrapposizione* con l'azione degli organi della società, sostituendo a essi l'azione del socio *in veste extrasociale* (oggi vi si potrebbero ricondurre i sindacati di gestione)⁴⁹.

Sebbene la prassi dimostri che il ricorso ai sindacati di gestione è frequente, spesso in combinazione con altre tipologie di patti (ad esempio sul voto), il dibattito in seno alla dottrina e alla giurisprudenza sembra essersi arrestato, perlopiù, alla questione della validità o, meglio, della liceità degli stessi, questione la cui soluzione, in termini prevalentemente negativi, è pregiudiziale a ogni ulteriore approfondimento.

Lo stato del dibattito rievoca, anche agli occhi di autorevole dottrina⁵⁰, quello che storicamente accompagnò l'affermarsi della fattispecie dei sindacati di voto fino all'esplicita consacrazione della stessa con il riferimento contenuto nell'art. 2341-*bis* c.c.⁵¹. In questo senso, sembrano attuali alcune delle

⁴⁸ Cfr. G. OPPO, *Contratti, cit.*, 11. Le altre due categorie di patti individuate dall'A. ricomprendevano i patti che avevano ripercussioni di mero fatto sulla società ed erano ad essa indifferenti e quelli dai quali scaturivano vantaggi per la società (7 ss.).

⁴⁹ Cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate, cit.*, 467 ss., il quale osserva come la figura generale del patto parasociale sia più ampia di quella definita dall'articolo 2341-*bis* c.c. e distingue almeno due categorie generali: i patti parasociali *partecipativi*, quelli che hanno ad oggetto materie di competenza degli organi sociali e tendono ad orientare l'attività di questi organi, o attraverso la programmazione dell'esercizio del voto in assemblea o attraverso la programmazione delle deliberazioni degli altri organi sociali; i patti parasociali *esterni*, che hanno ad oggetto la circolazione delle partecipazioni sociali e che sono irrilevanti per la società salvo che non abbiano ad oggetto partecipazioni qualificate e, quindi, si risolvano in patti sulla stabilità del controllo o degli assetti proprietari.

⁵⁰ Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione, cit.*, 501. Pure richiama il dibattito sui sindacati di voto e ne coglie le similitudini, in punto di distinzione tra piano sociale e parasociale e di irrilevanza della pressione "morale" di dovere rispettare il patto rispetto all'agire del socio che resta libero, R. TORINO (commento a Trib. Modena, 2 dicembre 2010 (ord.) e 3 dicembre 2010 (ord.), *cit.*, 839 s.) il quale osserva che, analogamente, in caso di patti sulla gestione, il vincolo, che, peraltro, solo indirettamente riguarda l'amministratore, non gli impedisce di determinarsi liberamente e di agire nel rispetto dei doveri imposti dalla legge e in conformità con l'interesse sociale.

⁵¹ Ci si limiti a richiamare le voci più rappresentative: G. OPPO, *Contratti, cit.*, *passim* e spec. 117 ss.; ID. *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*,

considerazioni allora elaborate in ordine alle esigenze che chiedevano tutela: da un lato, le esigenze della pratica e della buona fede; dall'altro, le esigenze di coerenza del sistema e la necessità di salvaguardare le garanzie dell'ordinamento sociale e l'autonomia della società; e così pure la ritenuta impossibilità di formulare un giudizio *unico*, in termini di ammissibilità o inammissibilità della fattispecie ⁵².

Pur con le dovute differenze tra il contesto storico e giuridico cui queste considerazioni risalgono e quello attuale ⁵³, in cui si discute dell'ammissibilità

in *Scritti giuridici*, vol. II, Cedam, Padova, 1992, 517 ss.; G. COTTINO, *Le convenzioni di voto nella società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1958, 3 ss.; N. SALANITRO, *Il regime dei sindacati*, cit., 743 ss.; T. ASCARELLI, *In tema di sindacati azionari*, nota a Cass. 5 luglio 1958, in *Banca borsa*, 1958, II, 550 ss.; P. G. JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 202 ss.; ID., *Introduzione al problema della validità dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 3 ss.; B. LIBONATI, *Sindacato di voto*, cit., 97 ss.; B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, cit., 11 ss.; R. TORINO, *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 2000, 168 ss.; G. A. RESCIO, *Le convenzioni di voto*, in *Tratt. Colombo - Portale*, 3*, Utet, Torino, 1994, 485 ss.; C. FOIS, *Sindacati di voto e corporate governance: un problema tra ordinamento e sistema della società per azioni*, in AA. VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, 235 ss.; B. VISENTINI, *I sindacati di voto: realtà e prospettive*, in *RDS*, 1988, 1 ss.

Dopo la riforma, cfr. B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 590 ss.; G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*.

In giurisprudenza, il riconoscimento della validità dei sindacati di voto è avvenuto con la pronuncia della Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giur. comm.*, 1997, II, 50 ss. Seguita da Trib. Roma, 20 dicembre 1996 (ord.), *ibidem*, 119; App. Milano, 24 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1998, 2336 ss. con nota di G. COTTINO; Cass. 23 novembre 2001, n. 14865, in *www.dejure.it*; Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, *ibidem*.

⁵² Osservava G. OPPO, *Contratti*, cit., 4 con riferimento al giudizio dei contratti parasociali in genere che «da un lato vi è il rischio che attuino un regolamento effettivo della società diverso da quello che è reso noto con la pubblicità legale e difforme dalle stesse regole legali e dai principi cui esse si ispirano; dall'altro suppliscono alle deficienze di queste e rispondono sovente a reali esigenze della pratica societaria, o giovano all'impiego dell'istituto a fini non meglio tutelati dalla legge positiva, o comunque tutelano legittimi interessi delle parti in seno alla società». Lo stesso A. con specifico riferimento ai sindacati di voto osservava (*op. ult. cit.*, 117) che «lo sfasamento della dottrina e giurisprudenza rispetto alla realtà pratica acuisce anziché attenuare lo sfasamento della legge, se anche non può far dimenticare gli inconvenienti cui si andrebbe incontro con un riconoscimento generale dell'ammissibilità di simili convenzioni. Certo è che non infrequentemente la dichiarazione generale della loro illiceità può tendere insidie alla buona fede e privare di tutela reali esigenze della pratica, legittimi interessi dei soci e di terzi, e può condurre a danneggiare più che a salvaguardare gli stessi interessi della società».

⁵³ Chiaramente, una differenza sostanziale attiene al fatto che mentre con i sindacati di voto si dispone di diritti personali del socio, nel caso dei sindacati di gestione viene in gioco l'autonomia della *funzione* gestoria, che non è personale degli amministratori ma è ad essi

dei sindacati di gestione, pare residuino spazi per una riflessione meno diffidente, che non si appunti unicamente sull'alternativa binaria tra validità e invalidità ma intenda superarla verificando in che misura ed, eventualmente, in quali casi tale fattispecie confligge con il principio di esclusività della funzione gestoria (art. 2380-bis c.c.). Tale impostazione condurrà, nella parte conclusiva del presente lavoro, a una proposta di disaggregazione dei sindacati in patti “deboli” e patti “forti”, in ragione dell'intensità del vincolo, dello scopo, del contenuto, della durata e delle circostanze in cui tale vincolo è costituito ⁵⁴.

Se si volge lo sguardo al panorama comparatistico ⁵⁵ è possibile rilevare una certa omogeneità di approccio in seno ai Paesi di *civil law*, dove i vincoli parasociali sulla gestione sono considerati prevalentemente inammissibili in ragione del principio della impossibilità di incidere direttamente sulla funzione gestoria e in virtù della natura fiduciaria del rapporto che lega gli amministratori ai soci, che verrebbe meno ove i primi fossero assoggettati alle istruzioni (e quindi agli interessi) provenienti dalla compagine parasociale. Significativo in tal senso, anche per il vantaggio di potere apprezzare soluzioni a questioni giuridiche rilevanti e suscettibili di applicazione anche da noi, il richiamo all'ordinamento tedesco e al dibattito che si è sviluppato intorno alla funzione gestoria (intesa come *Leitung* ma anche come *Geschäftsführung*) e ai casi in cui questa venga ad essere limitata oltre quanto consentito dalla legge, che la assegna al *Vorstand* e, in casi specifici, ammette l'“influenza” dall'*Aufsichtsrat* ⁵⁶.

A differenza di quanto avviene nella maggior parte dei sistemi di *civil law* dove la valutazione dell'ammissibilità dei vincoli parasociali è svolta in funzione della tutela dell'interesse sociale (enunciata più o meno espressamente), gli

affidata in quanto organi neutrali, tenuti ad agire diligentemente per il perseguimento dell'interesse sociale.

⁵⁴ L'approccio era considerato opportuno e proposto come alternativo a quello allora prevalente da G. OPPO, *Contratti*, cit., 120.

⁵⁵ Per una riflessione sul ruolo della comparazione e del diritto straniero come strumento per l'interpretazione del diritto domestico, si veda G. B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, II - III, 325 ss.

⁵⁶ Per la ricostruzione del panorama interpretativo tedesco in materia, si rinvia diffusamente al capitolo secondo (si vedano, in particolare, i par. 1.1.2, lett. b e 1.3) e al paragrafo 3.2. del capitolo terzo.

ordinamenti di *common law*, segnatamente quello inglese ⁵⁷ e quello statunitense, si caratterizzano invece per un approccio “neutro” alla questione ⁵⁸. Gli *shareholders’ agreements* sono ritenuti validi *ex ante* sebbene essi siano poco frequenti, per ragioni legate alla tradizione giuridica e alla concezione della funzione gestoria ⁵⁹.

⁵⁷ Per una guida pratica agli *shareholders’ agreements* in relazione alle previsioni del *Companies Act* del 2006, cfr. G. MUTH, S. FITZGERALD, *Shareholders’ Agreements* ⁶, Sweet & Maxwell, London, 2012.

⁵⁸ Cfr. P. L. DAVIES, *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law* ⁸, Sweet & Maxwell, London, 2008, 3 - 21 (76), dove si evidenzia che, nonostante la libertà concessa all’autonomia privata nell’organizzazione della struttura societaria, l’*article of association* non è l’unico strumento per fissare le regole del governo societario ma che, in alternativa, può farsi ricorso agli *shareholders’ agreements*, con l’indubbio vantaggio di potere usufruire di un documento che rimane riservato non dovendo essere registrato presso la *Companies House*. Peraltro, atteso che questi accordi possono avere un effetto simile a quello delle disposizioni normalmente contenute nello statuto, li si fa rientrare nella nozione di *constitution of the company* di cui alla s. 40 del *CA 2006*.

Si veda anche M. ANDENAS, *Shareholders’ Agreements: some EU and English Law Perspectives*, in *Tzukuba L. J.*, 2007, 135 ss.

⁵⁹ In termini generali può osservarsi che le caratteristiche del sistema proprietario, il grado di coinvolgimento dei soci nella *governance* e il livello di flessibilità consentito nell’organizzazione societaria a livello statutario incidono notevolmente sulla frequenza del ricorso ai patti parasociali.

Per questa ragione, nei sistemi di *common law*, dove tradizionalmente si registra la prevalenza dell’azionariato diffuso e la consistente presenza di investitori istituzionali, naturalmente disinteressati ad assumere impegni parasociali in relazione alla propria partecipazione, nonché un’ampia flessibilità nell’organizzazione della società e delle funzioni al momento della costituzione, il fenomeno dei patti parasociali è poco diffuso e resta, in ogni caso, confinato alle società chiuse. Cfr. P. DAVIES, *Corporate Boards in the United Kingdom*, in P. DAVIES, K. J. HOPT, R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, *Corporate Boards in Law and practice*, cit., 714 s.; AA. VV., *Comparative Company Law. A Case - Based Approach*, a cura di M. SIEMS, D. CABRELLI, Hart Publishing, Oxford, 2013; per una ricostruzione delle ragioni, legate alla struttura proprietaria ma anche al sistema di regole legali, per cui i patti parasociali non sono impiegati nell’ambito delle società quotate, si veda M. VENTORUZZO, *Why shareholders’ agreements Are Not Used in U. S. Listed Corporations: A Conundrum in Search of an Explanation*, in *www.ssrn.com*, 2013.

Di converso, nei sistemi a proprietà concentrata, come quello italiano (ma anche tedesco, francese o belga), il ricorso ai patti parasociali si fa più frequente ma ancora una volta in maniera inversamente proporzionale al grado di autonomia statutaria riconosciuto alle parti del contratto di società. Ne deriva che, assumendo ad esempio l’esperienza francese della *Société par Actions Simplifiée* (SAS) o quella italiana della s.r.l., si registrano meno incentivi alla contrattazione parasociale.

Ciononostante, proprio la prassi di *common law* dimostra che, anche in presenza di sistemi flessibili, permangono delle ragioni che rendono conveniente il ricorso al parasociale (ad esempio, la riservatezza).

Per un confronto tra il sistema statunitense e quello tedesco anche con riferimento alle differenze strutturali tipiche dei sistemi societari nei due Paesi, si vedano T. BAUMS, K. E. SCOTT,

Ciononostante, un esempio della permeabilità tra funzione gestoria e ruolo dei soci si riscontra proprio nella prassi statunitense, specie delle società chiuse, dove è frequente l'attribuzione di rilevanza endosocietaria (anche attraverso l'adesione della società all'accordo) a pattuizioni parasociali riguardanti la funzione gestoria ed aventi ad oggetto, ad esempio, il diritto di alcuni soci ad autorizzare certe operazioni ⁶⁰.

Merita di essere richiamata per l'unicità delle sue previsioni, almeno allo stato attuale, la *Lei* brasiliana sulle *Sociedades Anonimas* n. 6404 del 1976 il cui articolo 118, nel testo novellato dalla legge n. 10303 del 2001 ⁶¹, disciplina i patti

Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany, in *Am. J. Comp. Law*, vol. 53, No. 1, 2005, 31 ss.

Per le implicazioni anche in punto di armonizzazione del diritto societario a livello europeo, cfr. M. ANDENAS, F. WOOLDRIDGE, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2009.

⁶⁰ In una prospettiva internazionale e con riferimento alla rilevanza degli *shareholders' agreements* nell'ambito delle operazioni di *joint venture* e *venture capital*, si veda R. C. WOLF, *The Law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses*, Wolters Kluwer, 2014, 1 ss.

⁶¹ Si riporta di seguito il testo dell'art. 118 della *Lei das Sociedades Anonimas* n. 6404 del 1976, come riformato nel 2001:

«Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 1. As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

§ 2. Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117).

§ 3. Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

§ 4. As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

§ 5. No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembleia-geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.

§ 6. O acordo de acionistas cujo prazo for fixado em função de termo ou condição resolutiva somente pode ser denunciado segundo suas estipulações. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 7. O mandato outorgado nos termos de acordo de acionistas para proferir, em assembleia-geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, poderá prever prazo superior ao constante do § 10 do art. 126 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 8 O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

parasociali e ammette che questi possano avere ad oggetto anche il *poder de controle* ⁶².

Posto che i patti parasociali indicati nella predetta disposizione (aventi ad oggetto l'acquisto e la vendita di azioni, l'esercizio del voto o il potere di controllo) vincolano anche la società qualora siano depositati a norma del § 1 dell'art. 118, è interessante notare che, ai §§ 8 e 9, la disposizione espressamente contempla l'accordo parasociale che vincola i membri del consiglio di amministrazione a votare secondo le indicazioni dei paciscenti che li hanno eletti ⁶³. Con una previsione assolutamente singolare anche per le implicazioni sul piano dell'efficacia del patto, il § 8 dispone che non si tenga conto del voto espresso (in assemblea o in seno al consiglio di amministrazione) in violazione dell'accordo debitamente depositato. Inoltre, nel caso in cui il membro del consiglio di amministrazione nominato dalle parti dell'accordo sia assente o si astenga, il successivo § 9 assicura alla *parte prejudicada* (il rappresentante degli azionisti sindacati a norma del § 10) che tale voto sarà esercitato da un altro dei consiglieri eletti dai parasoci.

La novella del 2001 alla legge brasiliana è stata fortemente criticata anche perché dell'ammissibilità di patti vincolanti l'organo di gestione si dubitava già prima della sua entrata in vigore, quando parte della dottrina sud-americana ne osservava l'incompatibilità con il principio di indipendenza degli amministratori, enunciato dall'art. 154, § 1, della stessa legge sulle società anonime. Tuttavia,

§ 9. O não comparecimento à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 10. Os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão indicar, no ato de arquivamento, representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 11. A companhia poderá solicitar aos membros do acordo esclarecimento sobre suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001) »

⁶² Per una trattazione aggiornata del tema degli accordi tra gli azionisti, di vedano M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas* ², Saraiva, São Paulo, 2015; , C. A. DA SILVEIRA LOBO, *Acordo de acionistas*, in *Direito das Companhias*, diretto da A. LAMY FILHO - J. L. BULHÕES PEDREIRA, vol. I, GEN, Editoria forense, Rio de Janeiro, 2009, 441 ss.

⁶³ Per un commento all'art. 118 si vedano M. CARVALHOSA, *Comentario à lei de sociedades anônimas* ⁶, vol. 2, Saraiva, São Paulo, 2015, 724 ss.; C. A. DA SILVEIRA LOBO, *Acordo de acionistas*, cit., 441 ss.

prima della novella, altra parte consistente della dottrina riteneva che non vi fosse un impedimento legale a che le parti di un patto parasociale si accordassero sul voto che il loro rappresentante avrebbe dovuto esprimere nel consiglio di amministrazione e che l'unica, ma significativa, differenza rispetto agli altri patti già contemplati dall'articolo 118 (accordi sul voto e sul trasferimento delle azioni) riguardasse l'efficacia. Gli accordi sulla gestione avevano effetto soltanto tra le parti e la loro violazione non poteva essere opposta alla società ⁶⁴.

L'obbligatorietà per gli amministratori delle disposizioni di un accordo parasociale e la vincolatività dello stesso anche nei confronti della società costituiscono la principale conseguenza del riconoscimento del *poder de controle* tra gli oggetti possibili di un *acordo de acionistas* ⁶⁵.

Rinviano l'approfondimento della disciplina di diritto brasiliano al secondo capitolo del presente lavoro, si noti sin d'ora che la coesistenza all'interno di uno stesso testo di legge di due disposizioni apparentemente in contrasto tra loro come il già richiamato articolo 154 sull'indipendenza degli amministratori e l'articolo 118 ha suscitato un animato dibattito in seno alla dottrina sud-americana soprattutto con riguardo alla compatibilità degli accordi vincolanti l'organo gestorio con l'obbligo di perseguire l'interesse sociale, atteso che il § 1 della prima delle due disposizioni da ultimo richiamate chiarisce che gli amministratori nominati da singoli soci o gruppi di essi non possono in ragione di ciò venire meno ai doveri ad essi imposti dalla legge.

3.1. L'esperienza attuativa dei patti. Alcuni esempi.

Tornando all'esperienza nazionale dei sindacati di gestione, deve rilevarsi che, da un punto di vista tipologico, le ipotesi di patto astrattamente configurabili sono eterogenee e si prestano ad essere classificate, a titolo

⁶⁴ Cfr. N. EIZIRIK, *Acordo de acionistas - Arquivamento na sede social - Vinculação dos administradores de sociedade controlada*, in *Rivista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro*, 129, 2003, 49 ss.

⁶⁵ Osserva N. EIZIRIK, *Acordo de acionistas*, cit., 50, che nella maggior parte dei casi il potere di controllo si esprime in primo luogo all'interno dell'organo amministrativo e soltanto dopo in seno all'assemblea generale, mediante l'esercizio del voto. Sarebbe altrimenti poco incisivo un accordo che, volendo assicurare il potere di controllo, non consentisse ai paciscenti (costituenti il blocco di controllo) di vincolare gli amministratori da loro nominati.

esemplificativo, secondo un grado crescente di vincolatività a carico dell'organo gestorio. Numerose sono, inoltre, come si è detto, le variabili che possono incidere sull'espressione del fenomeno (frequenza dell'esercizio dell'influenza, intensità del vincolo, origine *etc.*). L'intensità dell'influenza *diretta* scaturente da un patto di gestione, in particolare, può variare notevolmente ⁶⁶.

Per inciso, si noti che nel *trade off* tra rigidità del livello statutario e flessibilità del livello parasociale, per cui comunemente la seconda rappresenta uno strumento per introdurre regole che non sarebbero ammesse al primo livello, i patti di gestione potrebbero essere visti, per certi versi, come uno strumento di "irrigidimento" del processo decisionale nella misura in cui prevedono che questo debba essere preceduto da una consultazione o da un'autorizzazione del comitato direttivo o, eventualmente, svolgersi in presenza di un osservatore esterno.

Nell'ipotesi meno problematica, il patto potrebbe vincolare gli amministratori a solamente *consultare* i soci aderenti prima del compimento di certe operazioni di carattere strategico e senza l'assunzione di alcun altro impegno ⁶⁷. Ipotesi questa da taluno ricondotta alla categoria dei patti cc.dd. di consultazione, assunta come autonoma ⁶⁸. Tuttavia, potrebbe osservarsi come alcune delle categorizzazioni emerse in dottrina siano frutto di ricostruzioni puramente interpretative che non dovrebbero comunque essere di ostacolo all'osservazione e allo studio della variegata realtà dei rapporti economici. In questo senso, il riferimento ai patti di consultazione può ragionevolmente intendersi come rivolto solo ad una fra le possibili sottospecie dei patti di gestione che, certamente, presentano una componente minima quale è, appunto,

⁶⁶ Per una ricostruzione della categoria anche attraverso l'enumerazione di patti che ne resterebbero esclusi, cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1183 ss.

⁶⁷ Si veda, per esempio, il testo del secondo patto di sindacato Montedison (in *Giur. comm.*, 1975, I, 429 ss. con commento di V. BUONOCORE, *Commento a un patto parasociale*, cit., 445) che agli articoli da 11 a 13 conteneva disposizioni sui contenuti gestori del patto prevedendo che fosse assicurata alla Direzione del sindacato l'informazione tempestiva sugli indirizzi di riassetto e di sviluppo della società e sulle proposte di deliberazioni di maggiore rilievo «al fine di consentire all'anzidetta Direzione un adeguato scambio di vedute su tali argomenti». Il patto prevedeva espressamente che la Direzione dovesse essere convocata almeno ogni sei mesi per essere informata sullo stato di attuazione dei programmi concordati e, in ogni caso, almeno quindici giorni prima della data di riunione del consiglio di amministrazione.

⁶⁸ Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1183 ss.

quella consultiva ⁶⁹ (così come potrà parlarsene pure nell'ambito dei sindacati di voto, qualora la consultazione avvenga, invece, in vista dell'esercizio del diritto di voto in assemblea).

Continuando nel tentativo di chiarire la possibile portata del vincolo parasociale sulla gestione, potrebbe darsi una convenzione con la quale le parti si impegnino a "far conoscere" all'organo sociale le determinazioni del sindacato, senza sancire espressamente né il carattere vincolante di queste né alcun obbligo a carico dell'organo.

Anche nell'ipotesi di vincolatività *espressa* della convenzione, questa potrebbe essere formulata in vario modo: potrebbe darsi un vero e proprio potere di veto dei paciscenti in alcune materie di natura gestoria, oppure l'accordo potrebbe porre in capo agli amministratori obblighi specifici, tra cui quello di adeguarsi a quanto disposto dal sindacato.

Pure potrebbe ipotizzarsi che l'influenza vincolante sulla gestione sia esercitata per il tramite di un patto che imponga agli amministratori (direttamente o, indirettamente, per il tramite dei soci paciscenti, a seconda che i primi siano parte del patto o no) di acquisire il parere di un esperto in occasione di decisioni strategiche di particolare rilievo.

L'influenza o, meglio, la conformità della gestione rispetto a certe linee di azione preventivamente fissate nell'accordo potrebbe essere perseguita anche mediante la previsione della partecipazione di un osservatore esterno alle sedute del consiglio (è ragionevole immaginare non a tutte le sedute ma solo a quelle convocate per l'assunzione delle decisioni strategiche e indicate nello stesso patto), con notevoli implicazioni non solo in punto di trasparenza del processo decisionale ma anche in punto di riservatezza delle informazioni sulla gestione.

Un sindacato di gestione potrebbe addirittura invadere l'area di operatività di altre figure, come nell'ipotesi in cui i paciscenti conferiscano a uno di essi il potere di compiere atti tipicamente gestori e a tale accordo acconsenta, per mera tolleranza o per partecipazione diretta al patto, l'organo amministrativo (magari unipersonale). In questo caso, come già si è detto, vi sarebbe uno

⁶⁹ Sulla riconducibilità dei patti di gestione ai patti di consultazione, cfr. P. TRIMARCHI, *Strumenti per assicurare l'adempimento dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 117.

sconfinamento che non consentirebbe più di parlare semplicemente di sindacato di gestione ma di amministrazione di fatto con l'applicazione del regime giuridico che ne consegue, specie in punto di responsabilità ⁷⁰.

Potrebbe darsi, poi, il caso di un patto di gestione concluso tra un terzo e gli amministratori e senza che vi partecipino i soci. Ipotesi questa che si colloca nel punto estremo della scala a vincolatività crescente che si è immaginata, se non altro perché costituisce un caso che, se non necessariamente illecito in astratto, certamente rappresenta una violazione dei doveri fiduciari degli amministratori e ne potrebbe giustificare la revoca, specie ove il patto fosse mantenuto segreto ⁷¹.

Per comprendere meglio la portata del fenomeno descritto, appare utile richiamarne alcune ipotesi applicative.

Ad esempio, un sindacato di gestione potrebbe essere concluso in occasione o in vista di un'operazione di investimento qualora il terzo investitore voglia assicurarsi un'influenza *diretta* sulla gestione ⁷².

⁷⁰ Per il trattamento riservato dalla giurisprudenza a un caso come quello descritto nel testo si veda Cass., 12 gennaio 1984, n. 234, *cit.*, 182 ss.

⁷¹ Cfr. M. LIBERTINI, *Limiti di validità dei patti parasociali*, in *www.ssrn.com*, 2013, 29, il quale osserva che, ferma la revocabilità degli amministratori aderenti, questa ipotesi di patto non è necessariamente illecita, a meno che non sia intrinsecamente illecito il contenuto dell'accordo.

⁷² E senza che questa ipotesi venga a confondersi con quella dei *covenants* finanziari che, come si è visto, pure rientrano nell'area dell'ingerenza sulla gestione ma rappresentano accordi conclusi tra la società e il creditore che possono avere una portata anche più ampia e riguardare aspetti della vita della società non direttamente connessi con la gestione.

Cfr. P. MORANDI, *sub art. 2341-bis. Patti parasociali*, in *Commentario delle società*, a cura di G. GRIPPO, t. I, artt. 2247 - 2435 *bis*, Utet, Torino, 2009, 285, la quale riconduce alla lettera c) dell'art. 2341-*bis* c.c. anche quegli accordi stipulati con terzi non soci in occasione di operazioni di ristrutturazione e che conferiscono loro il potere di designare un membro dell'organo amministrativo e di assicurarsi che questo adotti decisioni conformi al piano di ristrutturazione.

Nell'area degli investimenti finanziari, è interessante richiamare la prassi delle operazioni di M&A, nell'ambito delle quali può accadere che, ancor prima del lancio dell'offerta, il terzo (futuro offerente) si assicuri, con apposito accordo, l'impegno degli amministratori della società *target* a esprimere parere favorevole (in termini di convenienza dell'operazione per la società). In questo caso, sebbene non ci si trovi di fronte ad un patto di gestione, la sostanza è affine, quantomeno in punto di assoggettamento della discrezionalità degli amministratori a vincoli "esterni". Peraltro, questi stessi accordi potrebbero presentare una componente gestoria in senso proprio e regolare in anticipo i rapporti tra il terzo e gli amministratori per il tempo in cui l'operazione sarà compiuta, ad esempio prevedendo che i secondi si adeguino alle direttive del primo.

Un patto di gestione potrebbe essere impiegato per conferire omogeneità e stabilità all'azione amministrativa in quelle società di medio-piccole dimensioni e, verosimilmente, a carattere familiare dove il gruppo di comando non siede, del tutto o non interamente⁷³, all'interno del consiglio di amministrazione e, ciononostante, intende assicurarsi che la gestione venga condotta in conformità a certe linee di azione preventivamente fissate.

Inoltre, può accennarsi all'impiego dei patti di sindacato per il governo degli enti creditizi⁷⁴. Il riferimento dà la misura della rilevanza del fenomeno e della stretta connessione tra patti parasociali e organizzazione dell'impresa nei diversi comparti dell'economia. Peraltro, la "questione parasociale" assume tratti peculiari nel settore bancario, attesa la rilevanza pubblicistica degli interessi coinvolti e la presenza di una disciplina speciale⁷⁵. Potendo solo accennare ai profili di maggiore rilievo, si noti che, da un lato, i patti sulla gestione risultano più frequenti di quelli sul voto⁷⁶; dall'altro, tali patti vanno incontro ad una valutazione molto severa⁷⁷, sul presupposto dell'illiceità della

⁷³ E fermo restando, in questo caso, quanto si dirà rispetto alla legittimità degli impegni assunti in prima persona dai componenti degli organi sociali.

⁷⁴ A. ROSA, *Patti parasociali e gestione delle banche*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim.*; A. TUCCI, *Il ruolo dei soci e i patti parasociali*, in AGE, 2007, 455 ss.

⁷⁵ Si veda la disciplina di cui all'art. 20 del T.U.B. che non si riferisce espressamente ai patti parasociali ma richiama gli "accordi" relativi all'esercizio concertato del voto. Certa dottrina ne ha dedotto la volontà del legislatore di riconoscere all'autonomia privata spazi di intervento più ristretti di quelli ricavabili dalla disciplina codicistica o da quella dettata per le società quotate in materia di patti parasociali dove, peraltro, vi è il riferimento alla categoria indefinita dell'influenza sulla gestione (cfr. A. ROSA, *Patti parasociali*, *cit.*, 56 ss.).

⁷⁶ Cfr. A. ROSA, *Patti parasociali*, *cit.*, 130 osserva che «le fattispecie che non consegnano ai contraenti le decisioni su materia di competenza esclusiva dell'organo amministrativo costituiscono, decisamente, isolate eccezioni» e richiama le convenzioni di Banca Carige, Banca Popolare di Spoleto, Banco di Sardegna, Mediolanum e Mediobanca nonché le previgenti convenzioni di Banca Antonveneta, Banca Generali, Banca Intesa e altre.

La prassi dimostra che le competenze sulle quali è ammessa l'influenza ricalcano quelle spettanti all'organo amministrativo, fino a ricomprendere talvolta anche le funzioni operative, cfr. ID., *op. ult. cit.*, 132 ss.

⁷⁷ Cfr. A. ROSA, *Patti parasociali*, *cit.*, 286 ss. la quale esprime un giudizio nettamente negativo dei patti che coinvolgono i soci nella gestione facendovi rientrare sia quelli che consentono loro di esercitare un'influenza diretta sul potere dell'organo amministrativo sia quelli che comportano un'influenza preventiva in ordine alle materie da sottoporre ad autorizzazione assembleare ex art. 2364, n. 5, c.c. L'A. ritiene che tali patti rendano opaco il sistema di governo in pieno contrasto con la disciplina speciale in materia bancaria che, al contrario, assegna una rilevanza particolare alla trasparenza della gestione nell'interesse dei risparmiatori.

Si noti che non sono mancati i tentativi di legittimare il ricorso a tali patti sostenendo che,

causa che li sorregge (creazione di un confronto diretto e preventivo tra soci e gestori, al di fuori dei canali istituzionali) e del fatto che la struttura della s.p.a. bancaria indurrebbe a riflessioni differenti da quelle eventualmente possibili con riferimento alla s.p.a. di diritto comune⁷⁸. Per quanto concerne l'aspetto oggettivo, la prassi del settore bancario corrisponde a quella generale che si è finora richiamata nel senso che la natura degli impegni derivanti dai patti di gestione varia, secondo un'intensità crescente, dalle intese che si limitano a prevedere obblighi di consultazione dei soci sindacati a convenzioni che impegnano i paciscenti a portare a conoscenza dell'organo amministrativo le risoluzioni del sindacato su materie di natura gestionale a convenzioni, più incisive, che impongono agli amministratori veri e propri diritti di veto o che espressamente sanciscono il carattere vincolante delle decisioni parasociali.

3.2. La componente soggettiva.

Anche da un punto di vista soggettivo, la fenomenologia dei sindacati di gestione si manifesta sotto forme diverse intercorrendo il patto, per definizione, tra soci ma potendo aderirvi un terzo oppure uno o più degli amministratori. Peraltro, soltanto nel caso in cui gli amministratori siano anche paciscenti potrà parlarsi di un obbligo da essi personalmente assunto ad adeguarsi alle direttive del sindacato.

La componente soggettiva dell'accordo, pertanto, costituisce un primo criterio utile per quel procedimento di disaggregazione che si è prospettato all'inizio e per una proposta di interpretazione più "laica" della fattispecie.

Pare, infatti, che la dottrina nazionale sia unanime nell'escludere che il componente dell'organo amministrativo (o di controllo) possa direttamente impegnarsi a tenere una certa condotta, sul presupposto che il condizionamento

in alcune circostanze, essi siano uno strumento per consentire ai soci di riappropriarsi di decisioni in materie rispetto alle quali il diritto comune ammette il coinvolgimento dei soci (cfr. A. TUCCI, *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Cacucci, Bari, 2005, 117 ss.) oppure che la portata lesiva sarebbe comunque temperata dalla regola di responsabilità degli amministratori che non subirebbe variazioni (cfr. E. MACRÌ, *Patti parasociali e attività sociale*, Giappichelli, Torino, 2007, 222 s.).

⁷⁸ Per una ricostruzione della specialità delle istanze coinvolte nella gestione degli intermediari bancari e delle soluzioni che l'ordinamento predispone anche con riferimento al problema degli accordi extrastatutari e sull'imperatività dei principi desumibili dall'ordinamento creditizio, cfr. A. ROSA, *Patti parasociali*, cit., 30 ss. e 372 ss

derivante dal rischio di incorrere in responsabilità (extrasociale) per l'inadempimento di quanto promesso possa pregiudicare la neutralità della funzione⁷⁹. Del resto, in questi termini si spiegherebbe il perché l'impegno assunto in seno al sindacato di gestione possa al più assumere la forma della promessa del fatto del terzo, ove "terzo" è proprio il componente dell'organo amministrativo che, in quanto tale, resta libero di valutare la compatibilità delle istruzioni ricevute con l'interesse sociale ed è esente da responsabilità nei confronti dei paciscenti. Rinviando alla trattazione dei problemi giuridici la verifica della compatibilità della fattispecie con i principi dell'ordinamento, si osservi sin d'ora che, a prescindere dall'utilità del ricorso allo schema *ex art.* 1381 c.c., l'assunzione di un impegno da parte dei soci, che *non* siano al contempo componenti dell'organo di gestione⁸⁰, è in linea teorica ammissibile perché questi promettono la *propria* condotta (o quella del terzo ma sempre in virtù di un impegno personale a fare il possibile affinché questo si adegui alle direttive del sindacato). E, si vedrà, ciò vale anche nel caso in cui "terzo" sia il componente dell'organo di controllo, soprattutto nell'ambito nel sistema dualistico.

Sempre con riferimento alla componente soggettiva, pure potrebbe ipotizzarsi un patto di gestione che afferisca a un gruppo di società. Il patto potrebbe intercorrere tra alcuni soci della controllante e avere come scopo l'esercizio di un'influenza sull'amministrazione della stessa oppure, per il suo tramite, su quella della controllata⁸¹. Neppure potrebbe, in linea teorica,

⁷⁹ Cfr. A. PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina della società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 5 ss.; P. FIORIO, *sub art. 2341-bis*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI, *, artt. 2325 - 2409 c.c., Zanichelli, Bologna, 2008, 132 ss.; con riferimento alle società bancarie, conclude nello stesso senso A. ROSA, *Patti parasociali, cit.*, 304.

Per la medesima opinione in seno alla dottrina tedesca, si veda U. NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Mohr, Tübingen, 1994, 280.

Contra M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate, cit.*, 481 s.

⁸⁰ Sebbene sia teoricamente possibile distinguere la partecipazione al patto come *socio* da quella come *componente dell'organo amministrativo o di controllo*, cfr. G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo, cit.*, 66, il quale ritiene che, in virtù dei rischi richiamati nel testo, è preferibile considerare *sempre* inammissibile la partecipazione e l'assunzione di obblighi in prima persona da parte di un membro di un organo sociale.

⁸¹ I soci sindacati dovrebbero avere preso parte all'abuso, cfr. M. M. PRATELLI, *Problemi in tema di "sindacati di gestione"*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 124; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi*, Giappichelli, Torino, 1996, 243; M. SANDULLI, *La*

escludersi il patto tra società o soci di società che esercitano un controllo paritetico sulla controllata ⁸².

Va tenuto presente che i punti di osservazione che è possibile adottare rispetto alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c. sono almeno due. Infatti, ci si potrebbe chiedere, da un lato, se la sussistenza di un sindacato di gestione sia utile a costituire una posizione di controllo che faccia presumere un'attività di direzione e coordinamento ⁸³; dall'altro, se tale disciplina offra delle regole o dei principi applicabili all'ingerenza nella gestione in generale, sia nel senso di legittimarla (entro certi limiti) sia nel senso di regolarne le conseguenze (soprattutto in punto di responsabilità). Per l'impostazione che si è scelto di dare al presente lavoro, soltanto il secondo dei summenzionati profili verrà qui approfondito.

Rispetto al primo profilo, si può brevemente osservare che la configurabilità di un sindacato di gestione nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento e, di conseguenza, l'applicabilità al primo della relativa disciplina, incontra diverse critiche.

Si osserva, infatti, che la legge non pone in capo agli amministratori delle società dirette alcun obbligo di adeguarsi alle direttive provenienti dalla *holding* e che la loro posizione è qualitativamente diversa da quella che i singoli amministratori assumono rispetto agli aderenti a un sindacato di gestione. Più precisamente, la disciplina legale della direzione e coordinamento, originariamente tesa a regolare l'ipotesi patologica dell'abuso, oggi costituisce

riforma delle società, in *Commentario A. e V. Santoro, sub 2325 - 2422 c.c.*, Giappichelli, Torino, 2003, 399.

⁸² La questione va tenuta distinta, salvo possibili margini di sovrapposizione, da quella della configurabilità di un controllo congiunto mediante accordi parasociali oggetto dell'omonima opera di V. CARIELLO (*"Controllo congiunto"*, *cit.*). In quel caso, il fenomeno cui l'A. allude è quello del controllo congiunto, inteso come «il controllo esercitato da due o più soggetti giuridicamente ed economicamente indipendenti, ma effettivamente e stabilmente coordinati in virtù di accordi parasociali» (p. 15). È congiunto in quanto deriva dalla somma delle partecipazioni detenute da ciascuno o dall'interagire dei poteri di influenza vantati (p. 17).

Salvo il riferimento all'esercizio di poteri di influenza diversi da quelli derivanti dall'esercizio del voto, il discorso è condotto prevalentemente con riferimento ai sindacati di voto conclusi tra soggetti indipendenti e che congiuntamente esercitano per tale via un controllo su società.

⁸³ Lo studio di V. CARIELLO (*"Controllo congiunto"*, *cit.*) resta fondamentale per comprendere le notevoli implicazioni del tema dei patti parasociali quando si intreccia con quello del controllo.

un sistema positivo di obblighi e doveri da rispettare affinché tale abuso non si configuri. Eventuali ulteriori obblighi di esecuzione a carico degli amministratori delle società dirette potrebbero, al più, trovare la propria fonte in un contratto *ex art. 2497-septies c.c.*⁸⁴ ma difficilmente potrebbero ricondursi ad un patto di gestione per una ragione di fondo di carattere strutturale: il contratto intercorrerebbe tra tutte le imprese del gruppo, anche le imprese minoritarie, a differenza di quanto avviene nei sindacati di gestione di cui sono parte i soci di controllo (o i terzi) mentre ne restano esclusi, per definizione, i soci di minoranza⁸⁵.

3.3. Sull'opportunità di distinguere la valutazione del patto in sé e in generale da quella dei suoi effetti.

Per comprendere appieno la complessità e le implicazioni concrete del fenomeno dei sindacati di gestione deve tenersi presente che, come per ogni patto parasociale, la considerazione dell'accordo in sé e in generale va tenuta distinta da quella dei suoi effetti.

Un patto parasociale crea dei rapporti obbligatori tra gli aderenti e, a fronte della sua violazione, né possono invocarsi rimedi di carattere reale (ad esempio l'impugnazione della deliberazione difforme) né l'adempimento degli impegni assunti è coercibile a livello sociale⁸⁶.

⁸⁴ Ipotesi diversa sarebbe quella della conclusione di un vero e proprio contratto di dominio sul modello tedesco. Contratto della cui ammissibilità si discute nel nostro ordinamento proprio in ragione della impossibilità di sottoporre la gestione a vincoli esterni. Cfr. P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca borsa*, 1999, V, 545 ss.

⁸⁵ Per questo argomento, cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1200.

L'applicabilità della disciplina in parola ad un sindacato di gestione "tradizionale", intercorrente tra persone fisiche, dovrebbe pure escludersi atteso che l'art. 2497 c.c. letteralmente si riferisce oggi alle «società o enti» (com'è noto, la versione originaria dell'art. 2497 c.c., precedente l'approvazione del testo definitivo, si riferiva genericamente a «chiunque» esercitasse attività di direzione e coordinamento consentendo alla dottrina di estenderne la disciplina anche ai patti di gestione. Cfr. M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, cit., 333. Vi è chi ipotizza, però, la configurabilità dei sindacati di gestione come associazioni non riconosciute, cfr. L. C. UBERTAZZI, *Sindacati azionari e attività di impresa*, in *Dir. della banca e del merc. fin.*, 1987, 211 ss.; G. COTTINO, *Ancora dei sindacati di voto: qualche variazione sul tema*, in *Giur. it.*, 1998, XII, 2336; B. LIBONATI, *Sindacato di voto*, cit., 101).

⁸⁶ E ciò anche ove l'amministratore aderisca direttamente al patto, atteso che la violazione di un patto parasociale non è opponibile ai terzi o alla società né potrebbe invalidare la deliberazione assunta sul piano sociale.

Gli effetti del patto, invece, possono (e sono generalmente destinati a) incidere sul piano sociale⁸⁷. Per i sindacati di voto o di blocco ciò è evidente perché essi si traducono o in deliberazioni assembleari adottate con il voto esercitato secondo quanto concordato a livello parasociale oppure comportano una stabilità nella composizione della compagine sociale, “orientandone” il mutamento secondo quanto previsto dai paciscenti. Nel caso dei sindacati di gestione, ciò avviene ogni qual volta le direttive degli organi del sindacato trovino concreta attuazione in un atto societario, come una deliberazione dell’organo amministrativo⁸⁸.

Sulla questione dell’efficacia corporativa, ma non reale, dei patti parasociali cfr. G. B. PORTALE, *Patti parasociali con «efficacia corporativa» nelle società di capitali*, in *RDS*, 2015, I, 1 ss. In giurisprudenza si veda Trib. Milano, 20 gennaio 2009 (ord.), in *Società*, 2009, 1129 ss., in cui si riconosceva l’invocabilità di un provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c. per ottenere dal giudice l’ordine rivolto ad alcuni soci di votare conformemente agli impegni assunti nel patto. Tale provvedimento, tuttavia, costituiva un comando rivolto ai soci e in ciò esauriva i suoi effetti non potendosi in ogni caso immaginare una esecuzione specifica degli obblighi derivanti da un patto parasociale e, quindi, una pronuncia costitutiva che si sostituisca alla condotta tenuta dal socio in assemblea, ad esempio.

⁸⁷ La stretta connessione tra patti parasociali e organizzazione dell’impresa troverebbe conferma nella stessa disciplina contenuta all’art. 2341-bis c.c. ss. (cfr. R. Costi, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 200 ss.) e ha talora portato a riconsiderare il tema dell’efficacia dei patti parasociali (cfr. Trib. Genova, 8 luglio 2004, in *Società*, 2004, 1265 ss. con nota di G. SEMINO, *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale?* e anche in *Banca borsa*, 2006, I, 236 ss. con nota di E. MACRÌ, *L’efficacia dei patti parasociali* e in *Giur. comm.*, 2007, II, 235 ss. con nota di P. GHIONNI, *Patti parasociali, sindacati di voto a maggioranza per teste e forme di tutela*. La sentenza è stata ripresa successivamente da M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 483 ss. il quale ha ribadito l’efficacia obbligatoria dei patti parasociali con la conseguenza che *i*) la violazione del patto non può mai costituire ragione di invalidità di un atto di un organo sociale e *ii*) gli obblighi derivanti dal patto non sono suscettibili di esecuzione in forma specifica).

Pare che, in linea con l’opinione espressa da M. LIBERTINI (*op. ult. cit.*, 483 ss.) non possa dubitarsi del fatto che, nonostante esista un rapporto di reciproca interferenza tra piano sociale e parasociale (cfr. G. OPPO, *Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 57 il quale descriveva il fenomeno come un «intreccio»), l’efficacia obbligatoria vada ribadita. Cfr., in giurisprudenza, le pronunce della Suprema Corte di Cassazione del: 23 novembre 2001, n. 14865; del 21 novembre 2001, n. 14629; 5 marzo 2008, n. 5963; 22 marzo 2010, n. 6898 tutte reperibili su www.dejure.it.

⁸⁸ Questo problema non ha nulla a che vedere con quello dell’efficacia reale o obbligatoria dei patti ma attiene agli effetti che la conclusione del patto può avere “indirettamente” sulla società (si pensi al caso della revoca per giusta causa dell’amministratore che abbia aderito ad un patto di gestione, cfr. Cass. 24 maggio 2012, n. 8221, cit.).

Interessante, in tal senso, anche il caso in cui dagli obblighi assunti dai paciscenti derivino pretese azionabili dalla società nei confronti degli stessi, ipotesi questa riconducibile al problema dell’efficacia delle stipulazioni a favore del terzo ex art. 1411 c.c. (cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 484 s. e su cui si veda anche V. V. CHIONNA,

Tenuto conto di ciò, pare che la valutazione dell'interprete debba riguardare non solo il patto in sé, considerato astrattamente ed in generale avuto riguardo al suo oggetto, ma anche i suoi effetti, *alias* l'atto o gli atti che ne sono scaturiti i quali, per esempio, potrebbero essere impugnati ove adottati in conflitto di interessi (art. 2391 c.c.).

Invero, potrebbe accadere che un patto pur astrattamente valido perché lecito e ammissibile (e ciò vale anche per i sindacati di voto) conduca, nel caso specifico, a delle deliberazioni in contrasto con le norme imperative e, per questo, invalide ⁸⁹.

Quanto osservato pare suggerire che le possibili valutazioni di una fattispecie come quella dei sindacati di gestione siano almeno due: *a*) l'opzione estrema dell'inammissibilità del patto *ex ante* perché illecito, potenzialmente distorsivo del sistema di ripartizione di competenze tra gli organi sociali, con conseguente pari illiceità di ogni suo possibile effetto; *b*) quella più cauta ed articolata, che si basi sulla differenziazione del patto dai suoi effetti e che adeguatamente distingua i patti "cattivi" (sempre inammissibili) da quelli, almeno potenzialmente, "buoni" per i quali vale la pena di valutare l'intensità e l'oggetto del vincolo, l'identità degli aderenti al patto, il tipo sociale e il modello di amministrazione e controllo di riferimento.

Accogliendo l'approccio *sub b*), potrà pervenirsi a valutazioni duttili e diversificate. Così, ad esempio, escluso che la flessibilità della s.r.l. renda superfluo il ricorso ai patti parasociali ⁹⁰ e posto, invece, che permangono

Patto parasociale stipulato tra i soci di una s.r.l. e opponibilità alla società, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 14 ss.)

Il tema del patto parasociale quale contratto atipico e della legittimazione della società ad agire per l'adempimento delle prestazioni stipulate in suo favore *ex art.* 1411 c.c. è stato di recente ripreso da Cass., 7 maggio 2014, n. 9846, su *www.dejure.it* e in corso di pubblicazione su *Banca borsa*, con nota di V. SANNA, *Patto parasociale a vantaggio della società e contratto a favore del terzo*).

Si veda anche G. B. PORTALE, *Patti parasociali*, *cit.*, 1 ss. con riferimento al tema dei rapporti tra patti sociali e patti parasociali e, in particolare, dell'opponibilità dei patti (totalitari) alla società. Ciò senza pregiudicare il principio generale per cui i patti parasociali sono, in quanto tali, privi di efficacia "reale", intesa come opponibilità degli stessi *erga omnes*.

⁸⁹ Cfr. G. OPPO, *Contratti*, *cit.*, 83 il quale, a tal proposito, osservava che se il negozio è in frode a norma imperativa esso cadrà se per la violazione della norma è prevista la nullità. Per tale via «i principi *sociali* possono diventare operativi anche nella valutazione del negozio extrasociale diretto a incidere in materia sociale».

⁹⁰ Cfr. P. MARANO, *sub art.* 2463. *Costituzione. I patti parasociali*, *cit.*, 130 s.

esigenze che solo per tale via potrebbero essere soddisfatte (*in primis* la riservatezza), il coinvolgimento dei soci nella gestione per mezzo di un patto parasociale potrebbe essere volto ad eludere la regola di responsabilità *ex art.* 2476, co. 7, c.c.⁹¹ e richiedere per questo un vaglio più attento⁹². Allo stesso modo e per converso, nella s.p.a., gli effetti di un patto di gestione potrebbero non essere necessariamente distorsivi del sistema legale di ripartizione delle competenze e risultare, per intensità e per oggetto, conformi all'interesse sociale tanto da suggerire un atteggiamento di minore diffidenza⁹³.

Neppure possono tacersi le ragioni di efficienza e, al contempo, le esigenze di protezione che rendono opportuno un approccio più attento alle sfumature. Si pensi, ad esempio che, anche grazie a un sistema di pubblicità che rende trasparente l'assetto di poteri nelle società (sebbene sempre perfettibile), la prassi delle società quotate conferma quanto sia diffuso il ricorso allo strumento dei patti di sindacato nell'esperienza italiana⁹⁴, proprio per finalità legate alla volontà di incidere sulla struttura di governo e, direttamente, sulle decisioni in materia di gestione, conferendole stabilità. Altrettanto evidenti sono i rischi ad essi connessi, specie nel caso in cui ne difetti la comunicazione (e a fronte di

Contra si veda M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 120, il quale osserva che gli effetti conseguiti con i patti di gestione sarebbero realizzabili, nella S.r.l., in via statutaria (cfr. art. 2479 c.c. e, per la responsabilità per la gestione, art. 2476 c.c.). Pertanto, i sindacati gestori in questo tipo societario sarebbero validi ma scarsamente utili.

⁹¹ Cfr. P. MARANO, *sub art. 2463. Costituzione. I patti parasociali*, cit., 131.

⁹² Fermo quanto si vedrà a proposito del ruolo dei soci sindacati e della predicabilità di una loro responsabilità "da gestione".

⁹³ Osservava ancora G. OPPO, *Contratti*, cit., 113 «né si può affermare che meno pericolosa [...] sia la reazione che riaffermi l'assolutezza dei principi e le esigenze della astratta logica giuridica, conducendo a conseguenze estreme i dogmi di un sistema che ha ignorato le situazioni cui lo si dovrebbe adattare, reazione che per rendere sicuro il diritto renderebbe molte volte sicura l'*iniuria*».

Interessante il punto di vista di P. M. SANFILIPPO, *Riforma delle società e interpreti in controtendenza: il caso della delega amministrativa "obbligatoria"*, in *Banca borsa*, 2007, I, 329 ss., il quale ricorda che il tipo s.p.a. non è fruibile soltanto dalla grande impresa ma anche da quella medio-piccola dove i soci hanno tipicamente interesse a incidere sulle decisioni importanti. Chiaramente, tali assetti di interessi perderebbero rilievo se si accogliesse la tesi secondo cui alle iniziative che mirano al coinvolgimento dei soci è destinato il tipo s.r.l. Ne deriva che, secondo l'A., circostanze del genere non possono condurre ad un giudizio generale di immeritevolezza di tali interessi ove perseguiti nell'ambito di società per azioni.

⁹⁴ Anche se se ne è registrato un calo per un incremento della presenza degli investitori istituzionali, cfr. C. DOMINELLI, *Consob. Patti parasociali in calo nelle società quotate*, in *Sole24ore*, 16 dicembre 2014, n. 345.

sanzioni considerate troppo poco dissuasive)⁹⁵. Le stesse considerazioni possono valere per le società chiuse sebbene, in questo caso, la giurisprudenza e le raccolte di casi o di schemi di patti più o meno celebri rappresentino la fonte di riferimento.

Deve quindi tenersi a mente che, come in generale dovrebbe essere per la regolamentazione delle relazioni economiche, l'obiettivo ultimo consiste nell'individuazione del giusto punto di equilibrio, evitando l'assenza di regolamentazione ma anche approcci troppo severi che, senza impedire ciò che di fatto può comunque avere luogo (la rigida ripartizione delle competenze non impedisce, in sé, che dei sindacati di gestione vengano stipulati e anche attuati), rischiano essi stessi di creare distorsioni altrettanto gravi quanto quelle che si propongono di evitare, quali, ad esempio, la creazione di alibi per paciscenti che vogliano sottrarsi agli impegni assunti⁹⁶. Allo stesso modo, si tenga conto della competizione tra gli ordinamenti e della capacità di attrarre operatori economici con l'avvertenza che ciò *non* vale a giustificare la revisione al ribasso delle tutele.

3.4. Inquadramento della fattispecie.

Per le ragioni viste finora e per quelle che saranno appresso approfondite, le implicazioni giuridiche di un patto che attribuisce ai paciscenti il diritto di influenzare *direttamente* la gestione sono numerose, specie nell'ambito della società per azioni, dove la funzione si vorrebbe assegnata in via *esclusiva* all'organo amministrativo (art. 2380-bis c.c.).

Peraltro, l'esigenza di indagare sull'effetto della presenza di centri decisionali esterni all'organo amministrativo ma in grado di determinarne

⁹⁵ Per questi spunti si veda G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 53 ss., il quale pure osserva (p. 67) che «i patti tra azionisti, in quanto forme di composizione degli interessi di costoro, non costituiscono un male in sé, bensì appunto strumenti suscettibili di utilizzazione virtuosa o viziosa a seconda delle intenzioni di chi li usa e di quanto consentito dall'ambiente giuridico di riferimento».

⁹⁶ Si pensi, ad esempio, al caso, ormai celebre del Lodo Mondadori e alla vicenda che ne costituì il prologo, in cui i membri della famiglia Mondadori - Formenton si sottrassero agli impegni precedentemente assunti mediante l'adesione a un patto parasociale nei confronti di De Benedetti, invocando, tra l'altro, la nullità di quelli che riconoscevano agli organi del sindacato il diritto di influire sulla gestione. L'accordo "Formenton - CIR" è pubblicato in AA. VV., *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 705 ss. La vicenda si è conclusa soltanto di recente con la sentenza della Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in www.dejure.it.

l'operato era avvertita già prima della Riforma delle società di capitali del 2003 che ha, poi, inciso profondamente proprio sui profili attinenti alla spettanza della funzione gestoria. Il dibattito era animato, inoltre, dalla legislazione sulle privatizzazioni che, nel corso degli anni Novanta, tramite il riconoscimento del ruolo dei soci riuniti in sindacati al fine di "vigilare" sulla gestione, sembrava contribuire alla perdita di centralità dell'assemblea a favore di sindacati di gestione forti ⁹⁷.

Tra le questioni giuridiche rilevanti, alcune attengono alla definizione dei contorni del fenomeno "sindacato di gestione" come fattispecie e della sua natura giuridica; altre riguardano la compatibilità della stessa con alcuni dei principi fondamentali del diritto societario (principalmente, il rapporto tra gli organi sociali e tra questi e i soci, l'esclusività della funzione amministrativa e la responsabilità per la gestione).

Cominciando dal primo gruppo di questioni che si sono richiamate, può osservarsi che la *ratio* dei patti in esame risiede nella volontà dei paciscenti di esercitare un'*influenza diretta* sulla gestione ⁹⁸.

A partire da tale constatazione e sul presupposto che l'intensità dell'influenza possa variare, certa dottrina ha ritenuto che di sindacati di gestione possa parlarsi *solo* ove essi prevedano l'esercizio di un'influenza tale da comportare la *totale* estromissione dell'organo gestorio e abbiano l'effetto di trasformare gli amministratori in mere teste di legno, esautorandoli sostanzialmente dalla funzione cui sarebbero preposti ⁹⁹. Secondo questa ricostruzione, tutte le forme di influenza (comunque diretta ma) meno intense sarebbero, invece, ammissibili ¹⁰⁰ ed esulerebbero dalla categoria dei sindacati di gestione per rientrare in quella dei patti cc.dd. di consultazione ¹⁰¹ o, se

⁹⁷ Cfr. la deliberazione del CIPE del 30 dicembre 1992, in *G.U.*, 4 febbraio 1993, n. 28, 9 ss. a commento del quale si veda G. SBISÀ, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori*, in *Contr. impr.*, 1996, 447 ss.

⁹⁸ Cfr. P. SCHLESINGER, *Oggetto delle clausole dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 107.

⁹⁹ Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1183 ss.

¹⁰⁰ Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1185 ss.

¹⁰¹ Intesi come i patti che pongono in capo agli amministratori l'obbligo di consultare gli aderenti al patto in vista del compimento di determinati atti di gestione. A differenza di quanto avviene nei patti di gestione, tuttavia, il potere di decisione in ordine alla gestione non subirebbe alcuno spostamento. Ad analoga conclusione dovrebbe giungersi, secondo la stessa dottrina, per

relative alla deliberazione sulla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione, dei patti cc.dd. di amministrazione ¹⁰².

L'opinione richiamata pare, tuttavia, riduttiva, a parte quanto si è già detto in ordine alla presunta - e non condivisibile - distinzione tra patti di consultazione e patti di gestione ¹⁰³. Neppure pare calzante il riferimento ai sindacati di amministrazione perché questi nulla hanno a che vedere con i patti di gestione rientrando tra - o identificandosi con ¹⁰⁴ - i sindacati di voto.

Ciononostante, questa tesi offre la conferma - seppure involontaria - del fatto che l'intensità dell'influenza a carico degli organi sociali può variare molto. Ne deriva che, superate le distinzioni suggerite e ricondotto ad unità il fenomeno dei sindacati di gestione, difficilmente si potrebbe individuare una regola *unica* per il trattamento giuridico degli stessi. Piuttosto, è nell'ambito del fenomeno e per il tramite della sua osservazione e "scomposizione" che devono individuarsi i criteri utili per una sua valutazione, senza sottostimare l'esigenza di certezza dei traffici e dei rapporti giuridici.

D'altra parte, se si accedesse a una ricostruzione riduttiva della fattispecie dei sindacati di gestione, facendoli coincidere *esclusivamente* con le forme di

quei patti che pongono in capo agli amministratori obblighi di mera informazione preventiva in favore dei paciscenti. Anche in questo caso, l'esercizio del potere di gestione resterebbe di esclusiva competenza dell'organo amministrativo. Taluno osserva, poi, che i patti di consultazione sarebbero spesso prodromici all'esercizio del voto in assemblea facendo di questo, che è solo uno dei possibili innesti della componente consultiva nei patti parasociali, una regola di categorizzazione di portata generale (cfr. G. SEMINO, *Il problema della validità*, cit., 349, nt. 377).

Si veda pure N. IRTI, *I patti di consultazione*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI-P.G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 75 ss.

¹⁰² I sindacati cc.dd. di amministrazione rientrerebbero nel più ampio *genus* dei sindacati di voto e sarebbero volti a regolare l'esercizio del diritto di voto in assemblea rispetto alla deliberazioni *indirettamente* connesse alla gestione (tipicamente la nomina degli amministratori). Si veda G. FERRI, *Validità dei sindacati azionari di amministrazione*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1949, I - IV, 13 ss.

¹⁰³ La componente consultiva non pare individuare una categoria a sé ma essere, invece, una sottospecie, ora dei sindacati di voto ora di quelli di gestione o di blocco a seconda che l'obbligo di consultazione sia prodromico all'esercizio del diritto di voto in assemblea o al compimento di determinati atti gestori o alla trasformazione della compagine sociale per l'ingresso di nuovi soci.

¹⁰⁴ Cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale* ¹⁴, a cura di C. ANGELICI - G. B. FERRI, Utet, Torino, 2015, dove l'etichetta "sindacato di amministrazione" è utilizzata in alternativa a quella di "sindacato di voto" essendo il diritto di voto il potere amministrativo per eccellenza rispetto al quale i soci decidono di coordinarsi

totale estromissione dell'organo amministrativo, il dibattito sull'ammissibilità degli stessi sarebbe quasi superfluo, dovendosi concludere che la sanzione della nullità potrebbe apparire coerente per il rischio effettivo di sovvertimento del sistema di *governance* ¹⁰⁵. Se, al contrario, si ammette che la categoria dei sindacati di gestione può essere più ampia e che il vincolo sulla gestione può avere intensità e finalità diverse, allora vi è spazio per una riflessione su ciò che, al suo interno, è ammissibile o no.

Come si è già avvertito, il presente lavoro intende accogliere la seconda e più ampia concezione.

Se l'effetto gestorio è il primo elemento caratterizzante i sindacati di gestione, il secondo può individuarsi nella *stabilità* dell'influenza. L'esigenza sottesa a tali patti sarebbe allora anche quella di creare canali permanenti per l'esercizio del controllo sulla gestione, garantiti dall'assunzione di un impegno reciproco da parte dei paciscenti e dalla previsione di una struttura organizzativa interna allo stesso sindacato.

Anche in questo senso, la prassi dimostra che l'intensità del vincolo può variare. Di regola l'accordo parasociale prevede la costituzione di un'assemblea dei paciscenti, di una "direzione del sindacato" (o "comitato direttivo" o "comitato di consultazione" o "direttorio") e un presidente della direzione. Alla competenza del comitato direttivo sono rimessi gli aspetti di maggiore rilievo ¹⁰⁶: «i) la valutazione dei risultati interinali e annuali della società; ii) la politica relativa agli investimenti della società, con particolare riferimento agli acquisti e alle dismissioni di partecipazioni, rami d'azienda e altri beni patrimoniali di carattere strategico posseduti dalla società; iii) l'esame dei progetti di bilancio della società (e delle sue controllate) e delle relative politiche di dividendo; iv) la designazione degli organi amministrativi e di controllo delle società controllate; v) la determinazione dell'orientamento di voto da assumere nelle assemblee delle società controllate; vi) la decisione in merito ad operazioni di aumento e

¹⁰⁵ Fermo restando che ove uno schema del genere sia attuato e i soci sindacati, o uno di essi, abbia agito esautorando l'organo amministrativo troveranno applicazione il regime dell'amministrazione di fatto.

¹⁰⁶ Cfr. M. M. PRATELLI, *Problemi, cit.*, 112 ss.; P. BERNARDINI, *Clausole sull'organizzazione dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 85 ss.

riduzione del capitale, nonché ad operazioni di fusione e scissione relative alla società e alle sue controllate; vii) la decisione in merito alle modifiche da apportare allo statuto della società (e agli statuti delle società controllate)»¹⁰⁷.

Quanto agli *obblighi* dei paciscenti - terzo elemento caratterizzante i patti di gestione - questi si impegnerebbero a fare il possibile affinché gli amministratori della società si adeguino alle direttive del sindacato.

Un profilo, questo, che si intreccia con la questione della natura giuridica dei sindacati di gestione. E infatti, posto che il patto parasociale in quanto tale non può comportare una sostituzione *reale* degli organi del sindacato ai gestori della società, l'effettività del vincolo si appunta sull'obbligo reciproco assunto dai paciscenti¹⁰⁸ e sull'attuazione delle direttive da parte degli amministratori.

Ne deriva un rapporto trilaterale che è stato da taluno ricondotto allo schema della promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.): i paciscenti si impegnerebbero reciprocamente promettendo la condotta degli amministratori¹⁰⁹.

Attesa l'efficacia meramente obbligatoria dell'impegno assunto, i paciscenti che avessero assolto diligentemente agli obblighi assunti sarebbero tenuti all'indennizzo ove gli amministratori, nell'esercizio della loro discrezionalità, tenessero un comportamento difforme (così l'art. 1381 c.c.);

¹⁰⁷ Cfr. M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 113. Nello stesso senso, F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1185 il quale, tuttavia, non esclude che possa trattarsi anche di operazioni di amministrazione "ordinaria", nel qual caso gli amministratori verrebbero completamente esautorati e ridotti al ruolo di mere «teste di legno».

Si vedano, per esempio, i patti parasociali riportati in appendice di AA. VV., *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993 (tra i patti che regolano aspetti della gestione societaria, anche delle controllate, si vedano i patti GECOS, LIGURE L. AMEF, BANCA QUOTATA) e di G. SEMINO, *Il problema della validità*, cit., 444 ss.

¹⁰⁸ Talvolta espresso attraverso formule meno esplicite che dispongono, ad esempio, che le decisioni della direzione del sindacato vincoleranno gli aderenti nelle "sedi societarie di competenza", cfr. M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 114.

¹⁰⁹ Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1186; R. TORINO a Trib. Modena, 2 dicembre 2010 (ord.) e 3 dicembre 2010 (ord.), cit., 833 ss.; P. SCHLESINGER, *Oggetto delle clausole*, cit., 108, il quale, peraltro, ritiene tali sindacati *sempre* inammissibili non potendosi sostenere né che gli amministratori restino liberi di decidere se dare seguito o meno alle istruzioni ricevute né che sia possibile distinguere tra decisioni del sindacato "illecite" e altre "legittime"; G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 63 ss.; G. SEMINO, *Il problema della validità*, cit., 145 ss.

In giurisprudenza, Cass., 5 settembre 1997, n. 8614, in *Studium Juris*, 1998, 190 ss.; Cass., 11 novembre 1992, n. 12118, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1643; Trib. Modena, 2 dicembre 2010 (ord.) e 3 dicembre 2010 (ord.), cit.

sarebbero, invece, tenuti al risarcimento del danno ove risultasse il loro inadempimento, cioè ove risultasse che i paciscenti non abbiano fatto il possibile per indurre gli amministratori ad adeguarsi alle direttive del sindacato¹¹⁰.

Peraltro, come si vedrà, “terzo” potrebbe essere non solo il componente dell’organo amministrativo ma anche dell’organo di controllo, specie in quelle società che adottano il modello dualistico. L’opportunità di stipulare patti che, in questo caso, vincolino il consiglio di sorveglianza e, solo mediatamente, il consiglio di gestione trova conferma anche nell’esperienza dell’*Aktiengesellschaft* di diritto tedesco¹¹¹.

Questa interpretazione, tuttavia, si scontra con la posizione di chi nega in assoluto l’ammissibilità dei patti di gestione e ravvisa in essi una violazione del sistema legale di ripartizione delle competenze. Ed infatti, non potrebbe ammettersi una promessa del fatto del terzo in cui il promittente si impegni a tenere una condotta illecita, consistente nell’esercizio di pressioni indebite sugli amministratori¹¹².

Tuttavia, la ricostruzione della fattispecie in termini di promessa del fatto

¹¹⁰ In tema di promessa del fatto del terzo, la giurisprudenza ha chiarito che le conseguenze derivanti dal mancato compimento del fatto promesso, per il rifiuto del terzo di obbligarsi o di tenere il comportamento oggetto della promessa, devono graduarsi sulla base del comportamento tenuto in concreto dal promittente. Così, questi è tenuto, a norma dell’articolo 1381 c.c., al mero indennizzo qualora si sia attivato diligentemente presso il terzo; è, invece, tenuto al risarcimento, secondo le regole risarcitorie generali qualora abbia agito con colpa o negligenza e non abbia assolto al proprio compito. Si vedano le seguenti pronunce rese dalla Suprema Corte di Cassazione: 25 maggio 1984, n. 3228, in *www.dejure.it*; 5 settembre 1997, n. 8614, *cit.*, 190 ss.; 19 dicembre 2003, n. 19472, in *www.dejure.it*.

¹¹¹ Entrambi gli aspetti saranno meglio approfonditi nella parte relativa alle questioni giuridiche poste dalla stipulazione dei patti di gestione.

In questa sede, ci si limiti a rinviare, per il diritto italiano, ad A. TUCCI, *Il ruolo dei soci*, *cit.*, 455 ss., 458 ss.; G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, *cit.*, 63 ss.

Per il diritto tedesco si veda C. GROß-BÖLTING, *Gesellschaftervereinbarungen in der Aktiengesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2011, 244.

¹¹² Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, *cit.*, 1186; F. BONELLI, *Sintesi dei risultati del convegno*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 482; P. SCHLESINER, *Oggetto delle clausole*, *cit.*, 108. Della stessa opinione M. M. PRATELLI, *Problemi*, *cit.*, 117, il quale richiama a sostegno della propria posizione la giurisprudenza secondo la quale se è illecito o immorale il fatto del terzo, è illecita anche la promessa di questo (cfr. App., 24 gennaio 1991, in *Società*, 1991, V, 625 ss.). Presupposto dei patti di gestione, infatti, sarebbe la promessa che la condotta degli amministratori si conformi illecitamente alla direttive del sindacato piuttosto che all’interesse della società.

del terzo potrebbe risultare fallace sotto altro aspetto. A ben vedere, infatti, oggetto dei patti di gestione non è la condotta degli amministratori ma quella dei paciscenti, consistente nel fare il possibile affinché i primi si adeguino alle direttive del sindacato. Ciascun socio aderente al patto prometterebbe la *propria* condotta non potendo promettere quella degli amministrazioni, alla cui discrezionalità è in ultimo rimesso l'accoglimento delle istruzioni provenienti dal sindacato ¹¹³.

Maggiori dubbi interpretativi potrebbero sorgere, invece, ove un amministratore partecipasse al patto personalmente ed assumesse l'impegno a votare, in seno all'organo amministrativo, in modo conforme alle direttive del sindacato. In questo caso, come meglio si vedrà, il rischio dell'alterazione del sistema di ripartizione di competenze sarebbe elevato, a nocimento della neutralità della funzione amministrativa derivante dalla legge (cfr. art. 2391 c.c.). Assumendo un impegno diretto, inoltre, maggiore sarebbe il rischio che l'amministratore finisca per comprimere la propria discrezionalità, intesa anche come il potere di distinguere ciò che è conforme all'interesse sociale da ciò che non lo è, e supinamente esegua ciò che il sindacato dispone.

Per queste ragioni, si è detto, la dottrina nazionale è unanime nell'escludere l'ammissibilità di un'assunzione diretta di impegni da parte dei componenti degli organi sociali, di gestione o di controllo ¹¹⁴. E infatti, sebbene

¹¹³ Si veda, però, R. TORINO, commento a Trib. Modena, 2 dicembre 2010 (ord.) e 3 dicembre 2010 (ord.), *cit.*, 833 ss. il quale ritiene di condividere la ricostruzione in termini di promessa del fatto del terzo ma esclude che essa sia da ritenersi invalida per l'illiceità dell'oggetto perché ciò che è promesso è l'impegno del socio paciscente a dare istruzioni e direttive agli amministratori i quali restano liberi di accoglierle o di disattenderle ove ritengano che altrimenti terrebbero una condotta contraria all'interesse sociale.

¹¹⁴ Cfr. A. PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali*, *cit.*, 5 ss.; P. FIORIO, *sub art. 2341-bis*, *cit.*, *passim*; con riferimento alle società bancarie, conclude nello stesso senso A. Rosa, *Patti parasociali*, *cit.*, 304.

Per la medesima opinione in seno alla dottrina tedesca, si veda U. NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen*, *cit.*, 280.

Si veda però M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, *cit.*, 481 s. il quale ritiene che anche tali vincoli possano ritenersi leciti ove il componente dell'organo sociale si impegni a seguire le scelte di indirizzo provenienti dai soci, se compatibili con i principi di corretta gestione e ferma, in ogni caso, la loro responsabilità, così argomentando a partire dalla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento. *Contra* G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, *cit.*, 66 secondo il quale i doveri degli amministratori di una società diretta sono qualitativamente diversi da quelli individualmente assunti dai componenti degli organi sociali nei confronti di singoli soci o gruppi di soci, riuniti in un patto parasociale e che quindi «il

sia sempre teoricamente distinguibile l'impegno assunto a livello parasociale, come socio, dagli obblighi legati alla funzione istituzionale ricoperta, questa ipotesi potrebbe rientrare tra quelle di sindacati "forti" di cui sia ragionevole predicare l'illiceità ¹¹⁵, ferma restando l'utilità di una riflessione sulle conseguenze giuridiche nel caso in cui una fattispecie del genere venga attuata e incida *di fatto* sulla vita della società.

3.5. Disciplina generale e applicabilità dell'art. 2341-bis c.c. Cenni alla regolamentazione dei patti di gestione nelle società quotate.

Così introduttivamente inquadrato il fenomeno giuridico in esame, occorre richiamare la disciplina legale dettata per i patti parasociali e i margini di applicabilità della stessa ai sindacati di gestione ¹¹⁶.

Non vi è in dottrina concordia di opinioni sulla riconducibilità dei sindacati di gestione alla disciplina generale sui patti parasociali, introdotta dal legislatore del 2003 agli art. 2341-bis ss. c.c.

Com'è noto, l'art. 2341-bis c.c. con una norma di chiusura ¹¹⁷ si riferisce ai patti parasociali, in qualunque forma stipulati, che, «al fine di stabilizzare gli

tentativo di legittimazione operato per questa via non pare riuscito» (nt. 27).

¹¹⁵ Interessante l'osservazione di G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 67 che intravede in questa conclusione anche un incentivo all'organizzazione efficiente delle strutture di governo societario.

E infatti, escluso che l'amministratore, il sindaco o il consigliere di gestione possano validamente assumere un impegno diretto in ordine al comportamento da tenere in seno ai rispettivi organi di appartenenza, vi sarebbe un incentivo a che questi siano composti da professionisti esperti, non soci. Sebbene tali esperti saranno poi soggetti alle pressioni dei soci sindacati.

¹¹⁶ Cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 463 ss.

¹¹⁷ Vi rientrerebbero tutte le ipotesi di patto non rientranti nelle due categorie precedenti ma capaci di incidere sugli assetti proprietari o di governo della società secondo C. FONTANA, *I patti parasociali*, in A. BORTOLUZZI, *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Utet, Torino, 2004, 696, il quale definisce la lettera c) dell'art. 2341-bis c.c. come un «contenitore elastico» pur senza ignorare le difficoltà legate all'individuazione concreta delle fattispecie rilevanti e per la presenza del concetto altrettanto complesso di influenza dominante. Cfr. G. A. RESCIO, M. SPERANZIN, *sub artt. 2341 bis e 2341 ter*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della società - Della azienda - Della concorrenza*, artt. 2379 - 2451, a cura di D. U. SANTOSUOSSO, Utet, Torino, 2015, 731 ss., dove si osserva che la fattispecie, sebbene residuale, di fatto amplia l'ambito di applicazione della norma sia in senso soggettivo (l'esercizio di influenza dominante può riguardare anche non soci), sia in senso oggettivo (viene considerato, oltre al contenuto, anche l'effetto del patto).

assetto proprietari o il governo della società», «hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante» (lett. c) ¹¹⁸.

Non sembrerebbero esservi ragione per negare la riconducibilità dei sindacati di gestione alla disposizione appena richiamata, rientrandovi essi tanto per finalità - «stabilizzare il governo della società» - quanto per oggetto e/o effetto - l'esercizio di un'influenza dominante su società ¹¹⁹.

¹¹⁸ Una delle questioni che si posero già all'indomani della riforma delle società di capitali e dell'introduzione della disciplina sui patti parasociali, fu quella della rilevanza da assegnare agli elementi enunciati come essenziali per la definizione della fattispecie: la finalità («stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società») e l'oggetto e/o l'effetto dei patti. In particolare, ci si chiedeva se ai fini dell'applicabilità della disciplina dovessero ricorrere entrambi o se, invece, uno dei due avesse rilievo primario.

Sul punto, si veda C. FONTANA, *I patti parasociali*, cit., 677 ss. il quale osserva che l'elemento teleologico abbia rilievo primario richiamando proprio l'esempio dei sindacati di gestione che sono certamente volti a stabilizzare il governo della società pur non rientrando per oggetto in nessuna delle tre categorie enunciate dall'art. 2341-bis c.c.

Non si esprime esplicitamente nel senso della riconducibilità dei sindacati di gestione alla disciplina di cui all'articolo 2341 bis c.c. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 489, ma osserva che la finalità di stabilizzazione del governo della società (così come quella relativa agli assetti proprietari) sia *in re ipsa* nei sindacati di controllo (e in quelli di blocco).

¹¹⁹ Sul punto, cfr. M. PERRINO, *sub artt. 2341-bis e 2341-ter*, destinato al *Commentario della s.p.a.*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, Giuffrè, Milano; C. FONTANA, *I patti parasociali*, cit., 680; D. SCARPA, *Parasocialità come mezzo di controllo esterno della società*, in *Contr. impr.*, 2011, VI, 1543; P. MORANDI, *sub art. 2341-bis*, cit., 285, la quale riconduce alla lettera c): i patti di concertazione, di controllo e di gestione e, in merito a questi ultimi precisa che il generico riferimento al voto (senza specificare che sia espresso in assemblea) li fa rientrare nella disciplina codicistica a prescindere dalla loro validità; M. C. CASTRIOTA SCANDERBEG, *sub Art. 2341-bis*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'ALESSANDRO, vol. II, t. I, *Commento agli articoli 2325 - 2379-ter del Codice Civile*, Piccin, Padova, 2010, 132, secondo la quale permarrebbero, invece, delle difficoltà a fare rientrare i sindacati di gestione nell'ipotesi di cui alla lettera a), «a meno di non voler forzare la non meglio specificata locuzione "esercizio del diritto di voto" sì da ricomprendervi anche quello in consiglio di amministrazione»

Osserva C. FONTANA, *op. ult. cit.*, 696 ss. che il concetto di influenza dominante è mutuato dall'art. 2359 c.c. e che il legislatore non ha fatto riferimento all'influenza nell'assemblea.

Si veda, però, G. SEMINO, *Il problema della validità*, cit., 349, il quale, pur dubitando della validità dei patti di gestione, osserva che questi andrebbero semmai ricondotti alla lettera a) dell'art. 2341-bis c.c. in quanto la disposizione farebbe riferimento ai patti che «hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto» senza distinguere tra il voto espresso in assemblea e quello espresso nel consiglio di amministrazione.

Neppure sembra dubitare della riconducibilità della fattispecie alla disciplina codicistica (o a quella dettata per le società quotate) A. ROSA, *Patti parasociali*, cit., 24 ss. e 58 s. la quale, pur non affrontando direttamente la questione e riflettendo sulla diffusione e sull'ammissibilità dei sindacati di gestione nelle s.p.a. di diritto bancario, sembra dare per scontato tale dato. Ed infatti, tra le differenze che l'A. ravvisa tra la disciplina speciale contenuta nel T.U.B. e quella codicistica sui patti parasociali annovera proprio il mancato riferimento, nella prima, alla

Tuttavia, certa dottrina¹²⁰ e qualche pronuncia giurisprudenziale¹²¹ si esprimono in senso dubitativo e, giungendo a conclusioni opposte, escludono che la fattispecie dei sindacati di gestione rientri tra quelle ora “tipizzate” dal legislatore¹²². Preso atto del fatto che l’aver il legislatore regolamentato i patti parasociali non equivale a dire che tutto sia consentito¹²³, si osserva che il riferimento all’esercizio di «influenza dominante» di cui alla lettera c) dell’art. 2341-bis c.c. presuppone l’impiego di mezzi consentiti dall’ordinamento, quale non potrebbe essere la previsione di un vincolo diretto sull’amministrazione nelle forme del patto di gestione¹²⁴. A ulteriore sostegno di questa tesi, si fa notare che il limite temporale dei cinque anni, fissato per la durata dei patti nelle società chiuse (art. 2341-bis, lett. c) c.c.), mal si concilierebbe con la

categoria indefinita dei patti che consentono di esercitare un’influenza sulla società (tra cui quelli di gestione).

¹²⁰ Sul punto, si veda F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1186, il quale nega l’ammissibilità e, in ogni caso, la riconducibilità della fattispecie all’art. 2341-bis c.c., che farebbe riferimento all’esercizio di un’influenza dominante con mezzi consentiti dall’ordinamento; l’A. osserva, inoltre, che la disciplina contenuta nel T.U.F. prevede come sanzione la sospensione dell’esercizio del diritto di voto in assemblea senza riferirsi al voto espresso nel consiglio di amministrazione. Così pure Cass. 24 maggio 2012, n. 8221, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 223 ss., in cui la Corte precisa che l’influenza dominante cui la disposizione si riferisce sarebbe riferita all’esercizio del diritto di voto in assemblea.

¹²¹ Cfr. Cass., 24 maggio 2012, n. 8221, in *Riv. dir. comm.*, cit., 223 ss.; anche in *Foro it.*, 2013, I, 266 ss. con nota di A. DELL’ORFANO. Si veda anche il commento alla stessa pronuncia di C. MOSCA, *È giusta causa di revoca l’adesione di un amministratore ad un patto di gestione: una recente pronuncia della Cassazione*, in *RDS*, 2013, 1071 ss.

¹²² Anche dopo l’introduzione della disciplina di cui agli artt. 2341-bis ss. c.c. non pare si possa parlare di vera tipizzazione. La giurisprudenza ha chiarito che il contratto parasociale resta un contratto atipico. Nonostante la regolamentazione legale di alcune ipotesi di patto, resta soggetto alla valutazione della meritevolezza d’interessi prescritta dall’art. 1322, co. 2, c.c. per i contratti atipici. Cfr., *ex multis*, Cass., 5 marzo, 2008, n. 5963 e 18 luglio 2007, n. 15963, cit.

¹²³ Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1186.

¹²⁴ Cfr. M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 118, diffusamente nt. 18.

Si noti che F. GALGANO, *Le nuove società di capitali*, cit., 89 s., nega la riconducibilità all’art. 2341-bis c.c. dei patti che vincolano i comportamenti degli amministratori sul presupposto che non ogni patto che è diretto a stabilizzare il governo della società possa per ciò solo ritenersi valido ma che, al contrario, lo siano solo i patti che per la predetta finalità regolino l’esercizio del voto in assemblea o limitino il trasferimento delle azioni. Quanto alla fattispecie *sub c)*, il medesimo A. ritiene che vi rientrino i c.d. patti di concertazione, cioè volti all’acquisto concertato di una partecipazione che consenta di esercitare un’influenza dominante sulla società *target*.

Osserva, però, M. C. CASTRIOTA SCANDERBEG, *sub Art. 2341-bis*, cit., 132, che l’ipotesi di cui alla lettera c) amplia indefinitamente il campo di applicazione della fattispecie innanzitutto da un punto di vista soggettivo atteso che «l’esercizio dell’influenza dominante sganciato dall’esercizio del voto può anche riguardare soggetti non soci».

creazione di strutture stabili e durature per il soddisfacimento delle esigenze di lungo periodo sottese ai sindacati di gestione.

A fronte dei timori creati da un potenziale e indifferenziato riconoscimento di accordi sulla gestione distorsivi delle regole di governo societario, tuttavia, potrebbero richiamarsi le considerazioni svolte in più occasioni dalla giurisprudenza riguardo ad altre categorie di patti. I giudici nazionali, infatti, hanno chiarito che, anche dopo la tipizzazione di alcune fattispecie di patto parasociale ad opera del legislatore del 2003, neppure tali previsioni legali varrebbero a ritenere sempre ammessi i patti ivi regolati e che, invece, dovrebbe procedersi, di volta in volta, alla verifica della tenuta del sistema e della compatibilità del patto con i principi fondamentali del diritto delle società ¹²⁵. Considerazioni queste tanto generali da valere anche per i sindacati di gestione.

Da un punto di vista strettamente normativo, dalla relazione alla legge di riforma risulta che la previsione delle tre figure *ex art. 2341-bis c.c.* fosse finalizzata *non* ad introdurre rigide categorizzazioni *ma* ad evitare estensioni improprie della fattispecie ad accordi che non fossero veri e propri patti parasociali ¹²⁶.

Peraltro, resta da chiedersi quali effetti possa avere, in punto di disciplina applicabile, l'eventuale esclusione dei sindacati di gestione dalla previsione di

¹²⁵ Già a partire dagli anni Novanta la giurisprudenza aveva chiarito che, in linea di principio, i patti parasociali fossero validi in quanto diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela *ex art. 1322, co. 2, c.c.*). Cfr. Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Corr. Giur.*, 1996, 1193 che, in via incidentale, ha anche riconosciuto la validità dei sindacati di voto risolvendo un dibattito risalente e molto acceso (la pronuncia è stata pubblicata anche su *Giur. comm.*, 1997, II, 50 ss.); Cass. 22 ottobre 1996, n. 9191, *ivi*, 1997, II, 240 ss.; Cass. 19 agosto 1996, n. 7614, *ivi*, 1997, II, 485 ss.; App. Milano, 24 luglio 1998, *cit.*, 2336 ss.; Trib. Roma, 20 dicembre 1996, in *Giur. comm.*, 1997, II, 119 ss.; Trib. Torino, 28 aprile 1998, in *Società*, 1999, 326 ss.

Cfr. anche R. COSTI, *I patti parasociali*, *cit.*, 206; G. SBISÀ, *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, in *Contr. impr.*, 1995, 69 ss.

¹²⁶ Cfr. *Relazione al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative*, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, in *Riv. soc.*, 2003, 116.

Peraltro, l'introduzione di una disciplina dei patti parasociali scontava la difficoltà di definirne l'ambito di applicazione a fronte di un fenomeno che si caratterizza proprio per la molteplicità di ipotesi attuative. Prima della riforma, la mancanza di una disciplina trovava in ciò la propria "giustificazione". Osservava, C. FOIS, *Sindacati di voto e corporate governance*, *cit.*, 246, che «quando infatti ci si metta nella prospettiva di analisi del patto di sindacato, la sua comprensione e definizione deve scontare l'infinita serie di ipotesi nelle quali lo stesso si può concretizzare, e che è tale da avere indotto, come è notissimo, lo stesso legislatore a non poterne ipotizzare una disciplina compiuta».

cui all'articolo 2341-*bis* c.c.

Sul punto deve darsi atto della divergenza di opinioni in dottrina riguardo alla portata della disposizione. Come si è visto, nonostante la rubrica dell'articolo 2341-*bis* c.c. si riferisca ai “patti parasociali” con una vocazione apparentemente inclusiva di tutte le manifestazioni del fenomeno, la norma regola soltanto tre categorie di patti e con riferimento al profilo specifico della durata. La successiva disposizione, l'articolo 2341-*ter* c.c., invece, si riferisce ai patti parasociali *tout court* e ne fissa il regime di pubblicità per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (ma non sono quotate).

Taluno ha letto nel mancato coordinamento tra le due disposizioni la volontà del legislatore di dettare una disciplina generale per la pubblicità di tutti i patti parasociali nelle società aperte, anche quelli che per oggetto o per effetto non rientrano nella previsione di cui all'art. 2341-*bis* c.c.¹²⁷.

Tuttavia, appare preferibile ritenere, per ragioni di coerenza interna al sistema, che l'articolo 2341-*ter* c.c. si applichi entro gli stessi limiti dell'articolo 2341-*bis* c.c.¹²⁸.

Ne deriva che, ove si volesse ritenere che i sindacati di gestione non rientrino nella previsione di cui alla lettera c) dell'articolo 2341-*bis* c.c., questi non sarebbero soggetti a pubblicità, se relativi a società aperte. Quanto alla durata, troverebbe applicazione la disciplina generale sui contratti, con la conseguenza che i patti potrebbero avere anche durata ultraquinquennale, con l'avvertenza che, in caso di patti a tempo indeterminato (o coincidenti con la vita del socio), spetterebbe ad ogni paciscente il diritto di recedere *ad nutum*¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali*, cit., 614, i quali suggeriscono un'applicazione estensiva della disciplina sulla pubblicità anche oltre i patti “strutturati” e, quindi, anche a quelli privi di stabilità o struttura organizzativa. Gli Autori osservano, inoltre, che l'elencazione di cui all'art. 2341-*bis* c.c. è unicamente finalizzata a regolare la durata e che, invece, il successivo articolo 2341-*ter* c.c. si riferisce genericamente a tutti i patti parasociali. *Contra* R. RORDORF, *I sindacati di voto*, in *Società*, 2003, 23.

¹²⁸ Cfr. P. MORANDI, *sub art. 2341-ter. Patti parasociali*, in *Commentario delle società*, a cura di G. GRIPPO, t. I, artt. 2247 - 2435 *bis*, Utet, Torino, 2009, 290 ss.; M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 493 ss.

¹²⁹ Questa dovrebbe essere la disciplina applicabile ai patti “extrasociali”, da intendersi come quei patti che non sono sociali, perché danno vita ad un rapporto con elementi di personalizzazione, ma neppure possono definirsi “parasociali” perché non rientrano nelle categorie previste dall'art. 2341-*bis* c.c.

Sul punto, cfr. G. A. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei*

Le conseguenze che deriverebbero da una mancata inclusione dei sindacati di gestione tra i patti oggi regolati dal legislatore agli articoli 2341-*bis* ss. c.c. sembrano confermare che si tratta di una tesi inaccoglibile per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, si è visto che, salvo alcune voci isolate, un'interpretazione letterale dell'articolo 2341-*bis* c.c. induce a ritenere che anche i sindacati di gestione vi rientrino, e ciò a prescindere dalla loro ammissibilità; in secondo luogo, questa soluzione appare preferibile perché il regime di pubblicità costituisce il principale strumento di cui il legislatore si serve per controbilanciare l'opacità degli assetti proprietari e di controllo derivanti, tra l'altro, dalla conclusione di un patto parasociale.

In punto di durata, poi, anche se si volesse ritenere che il limite dei cinque anni sia incompatibile con la creazione di una struttura stabile di influenza sulla gestione, allora tali patti potrebbero farsi rientrare in ogni caso tra quelli a tempo indeterminato richiamati dal secondo comma dell'art. 2341-*bis* c.c. e per i quali la legge prevede il diritto di ciascun contraente di recedere con un preavviso di centottanta giorni ¹³⁰.

Per le ragioni su esposte, può dirsi che è ragionevole e, ancor prima, coerente con la lettera e la *ratio* della disciplina sui patti parasociali ritenere che questa si applichi anche ai sindacati di gestione, sempre che e nei limiti in cui - ovviamente - siano ritenuti ammissibili, anche perché ciò consente di disporre di un sistema di regole certe, a presidio del rispetto delle quali sono previste apposite sanzioni ¹³¹.

Quanto ai patti parasociali di gestione riferiti a una società a responsabilità limitata, in assenza di una disciplina *ad hoc* e nel dubbio circa l'applicabilità di quella codicistica dettata per le società per azioni, si registrano due opinioni: vi è

soci, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, t. I, Utet, Torino, 2006, 448 s. e, per la precisazione di quando un patto possa considerarsi "sociale", 478 s.

¹³⁰ Categoria all'interno della quale, per ragioni di coerenza interna alla disciplina legale dettata dallo stesso articolo 2341-*bis* c.c., certa dottrina ritiene di dovere ricondurre, peraltro, i patti che non rientrano, per finalità o oggetto, tra quelli disciplinati dal primo comma. Cfr. M. COSSU, *I patti*, cit., 59.

¹³¹ Cfr. G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 68, il quale si riferisce «alla necessità di evitare il pericolo che sfuggano a disciplina i patti che [...] contengano esclusivamente promesse circa il comportamento dei componenti degli organi sociali di gestione e di controllo».

chi ritiene che debbano valere le regole sui contratti in generale ¹³²; altri richiamano la disciplina dettata per le s.p.a., dovendosene verificare di volta in volta l'applicabilità in via analogica ¹³³.

Passando alla disciplina delle società quotate, basti ricordare, sinteticamente, che i sindacati di gestione rientrano nella previsione di cui all'articolo 122, co. 5, lett. d), T.U.F. (patti «aventi per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società ») ¹³⁴ e che devono essere comunicati a pena di nullità a norma dei primi tre commi dello

¹³² Si tratta dell'opinione prevalente, cfr. G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata, sub. art. 2463, cit.*, 267 ss.; V. DONATIVI, *sub art. 2341-bis*, in *Comm. Niccolini - Stagno d'Alcontres*, I, artt. 2325 - 2379 c.c., Jovene, Napoli, 2004, 155 ss.; P. MORANDI, *sub art. 2341-bis, cit.*, 289 s.

Non si esprime esplicitamente nel senso della riconducibilità dei sindacati di gestione alla disciplina di cui all'articolo 2341 bis c.c. ma sembrerebbe implicitamente favorevole ad essa M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate, cit.*, 492 s., sebbene l'A. riconosca che vi potrebbe essere un argomento a favore della applicazione analogica del termine quinquennale di durata e della regola del recesso per i patti a tempo indeterminato, per la necessità di contenere il vincolo parasociale entro limiti di tempo ragionevole; secondo l'A., l'argomento sarebbe valido ma, al di fuori della s.p.a., il termine avrebbe carattere dispositivo e potrebbe essere prolungato con l'accordo delle parti.

Sul profilo specifico della durata, P. MARANO, *sub art. 2463. Costituzione. I patti parasociali, cit.*, 131 s., osserva che il limite di cinque anni previsto dall'art. 2341-bis c.c. per i patti relativi a società chiuse o a società che le controllano costituisce un limite all'autonomia privata di carattere eccezionale e, quindi, non suscettibile di applicazione analogica ai patti riferiti a s.r.l., per i quali varrebbero le regole di diritto comune e i limiti desumibili dagli articoli 1322, co. 2 e 1379 c.c. Nello stesso senso, G. LEONGRANDE, *Artt. 2341 bis e 2341 ter*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Cedam, Padova, 2005, 98; R. LENER, *Appunti sui patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, I, 48. Si veda anche M. VENTORUZZO, *Sindacati di voto a "tempo indeterminato" e diritto di recesso dei paciscenti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2006, IV, 573 ss., secondo il quale il diritto di recesso *ad nutum* dai patti a tempo indeterminato sussisterebbe anche per i patti relativi a s.r.l. mentre non varrebbe, per l'assenza di una disciplina *ad hoc*, la riduzione del termine eccessivo (superiore ai tre o ai cinque anni prescritti per le s.p.a.). *Contra* G. A. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci, cit.*, 464, nt. 31, propende, invece, per l'applicabilità in via analogica della regola della riduzione automatica dei termini di durata ultraquinquennali.

¹³³ Cfr. G. PRESTI, *Società cooperative*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, Egea, Milano, 2007, 48 ss. Si veda anche O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, V, t. 1, diretto da G. COTTINO, Cedam, Padova, 2007, 71, il quale ammette nelle s.r.l. tutte le tipologie di patto ravvisabili in una s.p.a.

¹³⁴ Risolta in senso positivo la questione della riconducibilità dei sindacati di gestione alla disciplina di cui all'articolo 2341-bis c.c. e, segnatamente, alla lettera c) della medesima disposizione, alla stessa conclusione dovrà giungersi per la disciplina contenuta nel T.U.F., atteso che, anche in punto di enunciazione delle categorie di patto, le due regolamentazioni si pongono in continuità tra loro.

stesso articolo. La durata è limitata a tre anni ma i patti sono rinnovabili alla scadenza e la mancata osservanza degli obblighi di comunicazione di cui al primo comma impedisce di esercitare il diritto di voto relativo alle azioni sindacate. Rispetto alla disciplina appena richiamata, taluno ¹³⁵ ha osservato che l'effetto dissuasivo delle sanzioni ivi previste risulterebbe molto annacquato rispetto ai patti sulla gestione e che, in considerazione di ciò, sarebbe forse necessaria un'implementazione delle stesse prevedendo, ad esempio, che alla mancata comunicazione di un patto consegua la decadenza dalla carica dei soggetti nominati con il voto determinante degli aderenti al sindacato (se di voto) o dei soggetti la cui condotta sia riconducibile alle pressioni esercitate dai paciscenti (sindacato di gestione).

In virtù della connessione tra pubblicità dei patti parasociali e trasparenza degli assetti proprietari e di controllo nelle società, appare infine opportuno richiamare la questione della conoscibilità dei patti relativi a società per azioni chiuse o a società a responsabilità limitata ¹³⁶.

In altre parole, ci si può chiedere se sia plausibile ipotizzare o auspicare un'estensione delle regole di pubblicità dei patti parasociali anche oltre i limiti di legge o, in ogni caso, se possa ritenersi sussistente un obbligo generale di buona fede, in virtù del quale i patti parasociali non possano restare segreti ma debbano essere portati a conoscenza degli altri soci ¹³⁷. Se si tiene a mente il caso dei sindacati di gestione, oggetto del presente studio, si comprende che la questione si complica ulteriormente: rispetto alla s.p.a., perché si tratta di patti che incidono sull'organizzazione per cui potrebbe sostenersi che tutti i soci, anche non aderenti, abbiano diritto a conoscere e a non subire le modifiche - seppure attuate di fatto - del sistema di governo; rispetto alla s.r.l., perché i diritti di controllo che la legge assicura ai soci «che non partecipano all'amministrazione» (art. 2476, co. 2, c.c.) si estendono anche ai «documenti» relativi alla stessa, ponendosi la questione se tali possano considerarsi i patti di

¹³⁵ Cfr. G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 68 ss., il quale sottolinea i rischi dell'incidenza dei patti di sindacato della contendibilità del controllo e propone, per i patti non dichiarati, l'introduzione di un presunzione *iuris tantum* dell'esistenza del patto in presenza di certi indici.

¹³⁶ Chiaramente quando queste non controllano società per azioni, chiuse o aperte, trovando altrimenti applicazione la disciplina codicistica o quella contenuta nel T.U.F.

¹³⁷ Cfr. B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali*, cit., 615 ss.

gestione.

Inoltre, come si vedrà nella seconda parte del lavoro, i profili richiamati si intrecciano con quello della tutela della riservatezza e dell'eguaglianza tra i soci, sul presupposto che un patto di gestione ha quantomeno due effetti: da una lato, implica che gli amministratori forniscano ai paciscenti le informazioni necessarie per esercitare l'influenza; dall'altro, crea, per ciò stesso, un diverso trattamento tra questi ultimi e i soci non aderenti, che, di regola, non hanno accesso alle informazioni relative all'amministrazione (e salvo quanto si è detto per la s.r.l.).

Rinviando al capitolo secondo l'approfondimento delle due questioni da ultimo richiamate, ci si soffermi adesso su quella della conoscibilità dei patti di gestione, anche *oltre* le ipotesi previste dalla legge, con riferimento cioè sia ai patti relativi a società aperte o quotate ma che non rientrerebbero nelle categorie individuate dal legislatore (art. 122 T.U.F.), sia ai patti relativi a società che non sono soggette alla disciplina sulla pubblicità contenuta nel codice civile e nel T.U.F (s.p.a. chiuse o s.r.l.).

Per quanto concerne il primo aspetto, questo non ha un rilievo specifico rispetto al tema in oggetto, se si assume che i sindacati di gestione siano riconducibili alle categorie di patto tipizzate dal legislatore. Tuttavia, poiché, come si è visto, ciò non è pacifico, vale la pena richiamare la tesi secondo la quale la disciplina sulla trasparenza avrebbe comunque una portata generale e che, specie nelle società quotate, anche i patti parasociali *non* rientranti nella previsione di cui all'art. 122 T.U.F. sarebbero soggetti a comunicazione in virtù dell'articolo 114¹³⁸. Com'è noto, tale disposizione impone agli emittenti quotati di comunicare al pubblico le informazioni privilegiate che li riguardano, ai sensi

¹³⁸ L'opinione è di P. MARANO, *sub art. 2463. Costituzione. I patti parasociali*, cit., 129, il quale trae argomenti a favore dell'esistenza di un obbligo di comunicazione anche dei patti che non rientrano in nessuna delle categorie individuate dal legislatore dalla disciplina sulla direzione e coordinamento di società. In particolare, l'art. 2497-ter c.c., nella parte in cui si riferisce all'obbligo di motivazione delle decisioni delle società dirette e alla «puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione», troverebbe applicazione anche rispetto ai patti parasociali che, specie se riguardanti l'attività degli organi sociali, sono «elementi» che vengono presi in considerazione nel corso del processo decisionale.

dell'articolo 181¹³⁹, con le modalità fissate dalla CONSOB e «fermi gli obblighi di pubblicità previsti da specifiche disposizioni di legge»¹⁴⁰.

Con riferimento al secondo aspetto, è indubbio che il legislatore abbia riservato un trattamento più rigoroso alle società che si aprono al mercato dei capitali e che tale scelta si spieghi con la volontà di dettare un regime a vincolatività e imperatività crescente il cui rigore sia proporzionato alle esigenze di tutela sottese alle diverse fattispecie. Inoltre, la previsione di obblighi di comportamento deve, in generale, essere bilanciata dal rispetto della libertà dell'agire negoziale.

Ciononostante, vi è chi ha evidenziato l'utilità di un abbassamento dello «scalino normativo» tra s.p.a. aperte e chiuse¹⁴¹ osservando che, anche in queste ultime, le regole di trasparenza previste per le prime potrebbero favorire un maggiore afflusso di capitali¹⁴² e, in prospettiva, un più efficiente funzionamento delle relazioni economiche¹⁴³.

Tuttavia, anche senza volere ricorrere ad un estensione del regime giuridico previsto per le società aperte, obiettivamente difficile in assenza di un intervento normativo in tal senso, è stato osservato¹⁴⁴ che anche nelle società chiuse o nelle s.r.l. l'obbligo di comunicazione dei patti parasociali potrebbe

¹³⁹ Ai sensi dell'articolo 181 T.U.F. è considerata privilegiata «un'informazione di carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari».

¹⁴⁰ È interessante notare, ma si rinvia al capitolo secondo per un maggiore approfondimento della questione, che lo stesso articolo 114 T.U.F. prevede, al terzo comma, che gli emittenti possano ritardare la diffusione delle informazioni privilegiate purché ciò non abbia l'effetto di indurre in errore il pubblico e gli emittenti stessi siano in grado di garantirne la riservatezza. Inoltre, al successivo quarto comma è previsto che se tali informazioni siano comunicate ad un terzo che *non è soggetto a un obbligo di riservatezza*, gli emittenti sono tenuti a divulgare queste stesse informazioni al pubblico simultaneamente o senza indugio, a seconda che la diffusione sia avvenuta intenzionalmente o involontariamente.

¹⁴¹ Cfr. F. KUSTERMANN, *Considerazioni critiche sui patti parasociali come previsti nella legge delega n. 366 del 2001*, in *Società*, 2002, 170, il quale suggeriva, peraltro, l'istituzione di un registro dei patti parasociali.

¹⁴² Sotto forma di investimenti privati, soprattutto.

¹⁴³ Cfr. G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 53 ss.

¹⁴⁴ Cfr. C. FONTANA, *I patti parasociali*, cit., 712, il quale riconosce, però, che il sistema può creare delle anomalie perché, da un lato, l'assenza di un regime di pubblicità può attirare investitori e rendere «conveniente» stipulare patti parasociali; dall'altro, disincentiva lo sviluppo economico atteso che, quanto più la società cresce, maggiori saranno gli obblighi, specialmente se ricorre al mercato.

discendere da quello generale di buona fede (art. 1375 c.c.) e che la sanzione applicabile nel caso di una sua violazione sarebbe quello del risarcimento del danno ¹⁴⁵. In virtù di tale principio, i soci sarebbero tenuti a informarsi reciprocamente su tutti i fatti rilevanti per la vita della società e incidenti sui propri diritti e sull'assetto di governo ¹⁴⁶.

Ad analoghi argomenti si è fatto ricorso per sostenere l'esistenza di un obbligo di pubblicità anche per i patti relativi a s.r.l. (che non controllino s.p.a.) ¹⁴⁷.

Inoltre, vi è chi ¹⁴⁸, con riguardo ai sindacati di gestione relativi a s.r.l., ha ipotizzato l'esistenza di uno specifico obbligo di informazione in capo agli amministratori. Tale obbligo consentirebbe l'esercizio dei diritti di controllo che il secondo comma dell'articolo 2476 c.c. riconosce ai soci che non partecipano all'amministrazione. In particolare, se è stato stipulato un sindacato di gestione, è ragionevole ritenere che gli amministratori ne siano a conoscenza e che di questo dovranno fare menzione quando saranno chiamati a dare notizia sullo svolgimento degli affari sociali, nella misura in cui tale svolgimento è stato influenzato dalla compagine parasociale. Nell'opinione di questa dottrina, ove tale obbligo di comunicazione non venisse adempiuto, la finalità perseguita dall'articolo 2476, co. 2, c.c. sarebbe frustrata e non sarebbe consentito ai soci l'esercizio *pieno* dei diritti di controllo loro spettanti ¹⁴⁹. Si aggiunge, poi, che, nel caso di patti di gestione sottoscritti direttamente da un amministratore,

¹⁴⁵ La sospensione del diritto di voto o l'impugnazione della deliberazione sarebbero sanzioni specifiche e non suscettibili di estensione secondo B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali*, cit., 615 ss.

C. FONTANA, *I patti parasociali*, cit., 712, evidenzia le difficoltà cui va incontro il socio non aderente al patto che è stato leso dallo stesso, dovendo questi sopportare il gravoso onere della prova dell'esistenza del patto e della sua illiceità.

¹⁴⁶ In questo senso, G. A. RESCIO, *I patti parasociali*, relazione tenuta al convegno *Le società: autonomia privata e suoi limiti nelle riforme*, Taormina 21 - 22 marzo 2003.

¹⁴⁷ Cfr. V. V. CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, Giuffrè, Milano, 2008, 226 ss.

¹⁴⁸ Cfr. P. MARANO, *sub art. 2463. Costituzione. I patti parasociali*, cit., 134 s.

¹⁴⁹ E senza che perciò debba considerarsi violata la riservatezza che copre le informazioni attinenti alla gestione. I soci che riceveranno tali informazioni, infatti, non potranno divulgarle a loro volta e potranno, in ogni caso, avanzare richieste di informazioni che risultino congrue rispetto allo scopo perseguito. Cfr. P. MARANO, *sub art. 2463. Costituzione. I patti parasociali*, cit., 134 s.

In giurisprudenza, sulla portata del diritto di controllo del socio di s.r.l., anche in rapporto alle esigenze di riservatezza, cfr. Trib. Milano, 30 novembre 2004, in *www.dejure.it*.

questi andrebbero considerati alla stregua di «documenti relativi all'amministrazione» (art. 2476, co. 2, c.c.) e andrebbero resi consultabili da qualsiasi socio ne facesse richiesta.

Su un diverso seppur connesso piano si colloca la questione della validità di un patto parasociale che imponga agli aderenti il vincolo del segreto. Si è osservato, ma il punto non è pacifico, che l'assenza di un regime di pubblicità per i patti che si riferiscono a società chiuse non vuol dire che i patti segreti siano validi, dovendosi, invece, ritenere che essi siano *nulli* perché diretti ad occultare le situazioni di controllo azionario ¹⁵⁰.

3.6. Vincoli sulla gestione e patti parasociali nel diritto tedesco.

Il fenomeno dell'ingerenza sulla gestione attuata mediante la costituzione di vincoli a carico dell'organo amministrativo o di controllo non è sconosciuta nelle esperienze giuridiche straniere.

La presenza di un modello di *governance* fondato sulla rigida ripartizione delle competenze tra gli organi sociali e sull'esclusività della funzione gestoria rende di particolare interesse il confronto con l'ordinamento tedesco, a partire da un'analisi del sistema legale e, segnatamente, della disciplina della *Aktiengesellschaft* ¹⁵¹.

Ed invero, sebbene non si rintracci in Germania una categoria propriamente detta di "sindacati di gestione", il tema generale dell'ammissibilità di vincoli sulla funzione amministrativa è stato ampiamente affrontato dalla

¹⁵⁰ Cfr. F. GALGANO, *Le nuove società di capitali*, cit., 91; D. SCARPA, *Parasocialità come mezzo di controllo esterno*, cit., 1544.

Sul punto si veda M. LIBERTINI, *Limiti di validità*, cit., 20 s., il quale ritiene che il patto segreto vada considerato nullo nella società soggette all'articolo 2341-ter c.c. e osserva che «il volere mantenere un patto segreto implica la volontà delle parti di dare vita ad una forma di partecipazione alla vita societaria diversa da quella che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela». Nelle società chiuse, invece, dovrebbe giungersi alla soluzione opposta atteso che la legge non impone alcun obbligo di *disclosure* e salvo che la legge non imponga speciali obblighi di informazione a carico dei paciscenti: «si pensi ad un patto, avente ad oggetto determinate scelte gestionali, che sia stipulato da uno o più amministratori, con l'impegno a tenerlo segreto nei confronti degli azionisti» (p. 21).

¹⁵¹ La normativa presa in esame è costituita dall'*Aktiengesetz* - nella sua versione attuale - e, in particolare, dalle disposizioni che regolano competenze e funzioni degli organi societari.

dottrina e dalla giurisprudenza tedesche ¹⁵² e il dibattito che ne è scaturito può offrire utili strumenti per la comprensione e lo sviluppo della tematica dei sindacati di gestione nell'ordinamento italiano.

Peraltro, come meglio si vedrà più avanti, il dibattito che si è sviluppato in seno alla dottrina tedesca chiaramente riflette le peculiarità del sistema dualistico, in cui la funzione amministrativa è esercitata dal *Vorstand* sotto la propria responsabilità *ex* § 76 *AktG* (e quindi, in questo senso, può parlarsi di esclusività) ma è contemporaneamente sottoposta al controllo dell'*Aufsichtsrat*, nei cui poteri rientra quello di esercitare un'"ingerenza" legittima nella gestione (funzione di controllo c.d. 'forte' - § 93, *Abs. 4, AktG*).

Quanto al profilo specifico dei vincoli a carico degli organi sociali, derivanti da patti parasociali conclusi tra soci o tra questi e un terzo o, ancora, tra questi e un componente dell'organo sociale (di controllo o di gestione), la fattispecie ricorre nella prassi ed è oggetto di approfondimento sebbene gli studi sui *Gesellschaftervereinbarungen* si concentrino prevalentemente sui patti riguardanti l'esercizio del voto o il trasferimento della partecipazione sociale. Anche sotto questo punto di vista, si ravvisano delle analogie con il nostro sistema.

Inoltre, nell'ordinamento tedesco, come in quello italiano, il fenomeno dei vincoli parasociali sulla gestione non è esclusivamente legato alle grandi operazioni di investimento nel capitale azionario ma può ricorrere tutte le volte in cui vi è l'esigenza di orientare la gestione e/o di conferirle stabilità (tipicamente nelle imprese a carattere familiare) ¹⁵³.

¹⁵² Ad esempio, lo studio dei *Business Combination Agreement* e della prassi legata alle operazioni di *M&A*, spesso precedute o accompagnate dalla conclusione di accordi con effetti (anche) gestori, dà conto dell'importanza dell'argomento e della sua portata.

¹⁵³ A ciò si aggiunga, come già accennato in precedenza, che la prassi delle operazioni di *M&A* costituisce un interessante bacino di ipotesi applicative. E infatti, accade sovente che, in vista di un'offerta pubblica di acquisto, il futuro offerente ottenga dall'organo amministrativo della società target l'impegno a sollecitare (ad esempio, in seno al parere motivato prescritto dal § 27 *WpÜG*) l'accettazione dell'offerta da parte degli azionisti (c.d. *Board Recommendation Clause*). In questo caso, sebbene lo schema di accordo non sia propriamente quello dei patti di gestione, nel senso sopra delineato, la sostanza è affine, quantomeno in punto di assoggettamento dell'esercizio della discrezionalità amministrativa a vincoli esterni. Proprio in quest'ottica, la dottrina e la giurisprudenza tedesche offrono diversi argomenti sul tema dell'ammissibilità di vincoli sulla gestione.

In giurisprudenza, può richiamarsi la pronuncia della Corte di Monaco sul caso

Anzitutto, pare opportuno accennare ai tratti salienti del sistema tedesco in punto di disciplina generale dei patti parasociali, di cui è assente, in Germania, una regolamentazione specifica analoga a quella introdotta nell'ordinamento italiano prima per le società quotate, con il d. lgs. 58/1998, e poi per tutte le società, con gli artt. 2341-*bis* ss. c.c. Al contrario, la disciplina dei patti parasociali si ricava dalle disposizioni generali sui contratti, contenute nel *BGB*, e dalla giurisprudenza ¹⁵⁴.

Il contenuto dei patti può essere molto vario, fermo restando il limite delle

W.E.T./Amerigon (OLG München, 14 novembre 2012, (*W.E.T./Amerigon*), in *NZG*, 2013, 459). La pronuncia, riguardava un accordo tra un futuro offerente e il consiglio di gestione. Per la parte che interessa in questa sede, l'accordo conteneva anche una *Business Recommendation Clause* del tipo descritto. La Corte riteneva nullo l'intero accordo ex § 139 *BGB* proprio in ragione dell'inammissibilità del vincolo sulla gestione scaturente dalla predetta clausola. Per l'attenzione dedicata alla ricostruzione della portata del § 76 *AktG*, la pronuncia e i numerosi commenti offrono notevoli spunti di riflessione. Si vedano U. KÖNIG, *Business Combination Agreement in der Rechtsprechung im Fall W.E.T.*, in *NZG*, 2013, XII, 452; N. PASCHOS, *Die Zulässigkeit von Vereinbarungen über künftige Leitungsmaßnahmen des Vorstand*, in *NZG*, 2012, 1142.

Cfr. anche H. FLEISCHER, *Der Zusammenschluss von Untenehme im Aktienrecht*, in *ZHR*, 2008, 172, 538 ss., il quale annovera queste clausole tra quelle di origine anglo-americana diffuse nella prassi delle operazioni di *M&A* di diritto tedesco. In generale, si tratta di clausole tipicamente inserite nei c.d. *Business Combination Agreements*. L'ammissibilità di clausole che obblighino il *board* ad esprimere un parere favorevole all'accettazione dell'offerta è discussa. Ed invero, gli organi di controllo e di gestione della società *target* dovrebbero tenere conto esclusivamente dell'interesse dei soci e della società ed esprimere un'opinione che rispecchi unicamente tali interessi. Al contrario, le clausole in discorso violerebbero il c.d. *Verbot der Vorwegbindung*, che troverebbe nel precetto della "*unfettered discretion*", di origine inglese, il proprio corrispondente (cfr. *Dawson International plc. v. Coats Paton plc.*, 14 febbraio 1989, in *BCLC*, 1990, 560; *John Crowther Group plc v. Carpets International plc*, 3 ottobre 1985, *ivi*, 460; *Rackham v. Peek Foods Ltd.*, 17 febbraio 1977, *ivi*, 895.)

Nel senso dell'inammissibilità di accordi obbligatori di questo genere si veda pure K. J. HOPT, *Takeover defenses in Europe: a comparative, theoretical and policy analysis*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2014, vol. 20, 249 ss.

¹⁵⁴ La letteratura tedesca si riferisce ai patti parasociali utilizzando diverse espressioni. Tra le più ricorrenti: *Satzungsergänzende Nebenabreden*, *Satzungsabändernde schuldrechtliche Nebenabreden*, *Konsortialverträge* (talvolta usato come sinonimo), *Nebenabsprachen der Gesellschafter*.

Sulla possibilità di rintracciare la disciplina dei patti parasociali in quella generale sui contratti, cfr. BGH, 29 maggio 1967 - II ZR 105/66, in *NJW*, 1967, 1963 ss.

Per un approfondimento sui patti parasociali in Germania, si vedano U. NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen*, *cit.* e, tra i principali commentari: A. PENTZ, § 23, in *Münchener Komm. z. AktG* ³, C. H. Beck, Monaco, 2008, *Rn.* 187 ss.; V. RÖHRICHT, § 23, in *GroßKomm. z. AktG* ⁴, De Gruyter, Berlino, 2004, *Rn.* 238 ss.; D. SOLVEEN, § 23, in *Hölters Komm. z. AktG* ², C. H. Beck, Monaco, 2014, *Rn.* 39 ss.

norme imperative ¹⁵⁵. I patti possono intercorrere tra tutti o alcuni dei soci o tra questi e i terzi ¹⁵⁶.

I sindacati di voto rappresentano la categoria più diffusa e rispetto alla quale si sono consolidati, in dottrina e in giurisprudenza, alcuni dei principi generali in materia di patti parasociali ¹⁵⁷. Tuttavia, oltre a regolare l'esercizio del voto in assemblea, i patti potrebbero, tra l'altro, regolare la composizione degli organi sociali, fissare la politica societaria futura (*Geschäftspolitik*) ¹⁵⁸, disporre riguardo all'oggetto sociale, prevedere prestazioni accessorie a carico dei soci paciscenti, regolare l'esercizio congiunto di diritti sociali ¹⁵⁹.

Centrali sono le questioni giuridiche dell'efficacia dei patti e del rapporto con lo statuto, da un lato, delle conseguenze della violazione dei patti, dall'altro. Importanti anche i profili attinenti alla durata e alla pubblicità.

Quanto all'efficacia, i patti parasociali vincolano soltanto coloro che ne fanno parte e restano distinti, di regola anche fisicamente, dallo statuto (*Trennungsprinzip*) ¹⁶⁰. Può accadere, tuttavia, che gli accordi assumano la

¹⁵⁵ Cfr. A. PENTZ, § 23, *cit.*, Rn. 188.

¹⁵⁶ La società non potrebbe essere obbligata da un patto parasociale perché ciò equivarrebbe ad un contratto con effetti pregiudizievoli per i terzi, in aperta violazione del principio della relatività del contratto. Al contrario, dal patto potrebbero legittimamente derivare dei diritti o delle pretese azionabili dalla società secondo lo schema del contratto a favore di terzo (§ 328 BGB).

¹⁵⁷ Cfr. A. PENTZ, § 23, *cit.*, Rn. 195.

Si veda anche V. CARIELLO, "Controllo congiunto", *cit.*, 4 ss. a proposito delle origini storiche del dibattito sui patti parasociali in Germania e sulla particolare attenzione dedicata sin dalle origini ai sindacati di voto.

¹⁵⁸ Sulla politica di gestione Cfr. H. BAUMANN, W. REIB, *Satzungsergänzende Vereinbarungen - Nebenverträge im Gesellschaftsrecht. Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Untersuchung*, in ZGR, 1989, vol. 18, II, 198; M. HOFFMANN-BECKING, *Der Einfluß schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft*, in ZGR, 1994, vol. 23, III, 452 ss.

¹⁵⁹ Per una panoramica sul possibile contenuto dei patti cfr. U. P. KINZL, *Deutschland*, in S. LAIMER, C. PERATHONER, *Gesellschafterliche Nebenvereinbarungen in Europa*, Selp, München, 2013, 85 ss.; A. PENTZ, § 23, *cit.*, Rn. 187 ss.; H. BAUMANN, W. REIB, *Satzungsergänzende*, *cit.*, 181 ss.

¹⁶⁰ Sul rapporto tra patti parasociali e statuto e con la precisazione che i patti parasociali non possono riguardare materie che devono necessariamente essere regolate nello statuto, cfr. D. SOLVEEN, § 23, *cit.*, Rn. 39. Si vedano anche M. KORT, *Vorbemerkungen vor § 76*, in *Großkomm. z. AktG* 5, De Gruyter, Berlino, 2015, Rn. 72; H. P. WESTERMANN, *Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen der Kapitalgesellschaft*, C.F. Müller Juristischer, Heidelberg, 1994, 32 ss.

In giurisprudenza, si vedano le due importanti decisioni: BGH, 20 gennaio 1983, in NJW, 1983, 1910 s.; BGH, 27 ottobre 1986, *ivi*, 1987, 1890 s.

Per una veduta di insieme sul tema dell'efficacia dei patti parasociali in Germania e

veste di clausole statutarie per volontà dei soci paciscenti. In questo caso, tali clausole manterrebbero la sostanza parasociale (e, quindi, l'efficacia obbligatoria) salvo che, introdotte per volere di *tutti* i soci (patto parasociale totalitario), non possano intendersi come una modifica implicita dell'atto costitutivo ¹⁶¹.

Inoltre, il patto potrebbe celare un'organizzazione parallela alla società cui il patto afferisce e che, secondo opinione dominante, avrebbe la natura di società occulta (*Innengesellschaft*), soggetta alla disciplina della società di diritto civile (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*) di cui si §§ 705 ss. *BGB* ¹⁶². In

sull'indirizzo giurisprudenziale e dottrinale, di crescente diffusione, secondo il quale, in presenza di determinate circostanze, gli accordi tra i soci vincolano anche la società, cfr. G. B. PORTALE, *Patti parasociali con «efficacia corporativa»*, cit., 1 ss.

¹⁶¹ La conclusione di un patto parasociale tra *tutti* i soci non importa una modifica dello statuto secondo U.P. KINZL, *Deutschland*, cit., 83 s., il quale osserva, tuttavia, che, nel caso in cui la pattuizione parasociale sia inserita nello statuto (cessando, almeno formalmente, di potere essere definita "parasociale"), la sua reale natura dipenderebbe dal numero dei partecipanti all'accordo: se l'accordo intercorre tra tutti i soci allora potrebbe dedursi la volontà di attribuire natura corporativa, e non meramente parasociale, a quelle pattuizioni; in caso contrario, le clausole manterrebbero la loro natura parasociale, a dispetto della forma, sarebbero liberamente modificabili e avrebbero efficacia meramente obbligatoria. Sull'impossibilità di concordare con un patto parasociale la deroga o il superamento dello statuto si veda anche A. PENTZ, § 23, cit., Rn. 192.

Contra cfr. U. NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen*, cit., 116 ss., il quale proponeva una concezione meno netta del rapporto tra statuto e patti parasociali, fermo restando che i due piani resterebbero distinti ma "comunicanti" tra loro per il fatto di regolare aspetti diversi della vita di uno stesso soggetto giuridico («*Schlagwortartig kann man von Einheit und Hierarchie der verbandlichen Regelungsquellen sprechen*», p. 118). Nello stesso senso, M. SCHWAB, § 243, in K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz Komm. 2*, II. Bd., Köln, 2010, Rn. 19.

Per l'indirizzo giurisprudenziale favorevole al riconoscimento del carattere corporativo dei patti totalitari, si vedano le pronunce del *Bundesgerichtshof* rispettivamente del 12 marzo 1959, II ZR 180/57 (München), in *NJW*, 1959, 1082 s.; 20 gennaio 1983, II ZR 243/81 (Nürnberg), cit., 1910 s.; 27 ottobre 1986, II ZR 240/85 (Frankfurt), cit., 1890 ss.; 15 marzo 2010, II ZR 4/9 (*OLG Brandenburg*), *ivi*, 2010, 3718 ss.

¹⁶² Cfr. A. PENTZ, § 23, cit., Rn. 190 e, in giurisprudenza, *BGH*, 21 settembre 2009, II ZR 250/07, in *NZG*, 2010, 62 ss.

Riguardo alla possibilità di qualificare i sindacati di gestione e, in genere, i patti parasociali come associazioni non riconosciute, cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 486 s., nel senso dell'opportunità di fare riferimento allo schema associativo atipico, perché «chiuso»; L. C. UBERTAZZI, *Sindacati azionari*, cit., 214 ss.; con riferimento alla libertà dei soci di associarsi separatamente dalla società, B. LIBONATI, *Sindacato di voto*, cit., 101; G. COTTINO, *Ancora dei sindacati di voto*, cit., 2337; *Id.*, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1958, 202, il quale qualifica il sindacato come una «forma atipica di associazione in senso ampio» ma opportunamente distingue il fenomeno tanto dalle associazioni non riconosciute quanto dalle società vere e proprie, difettando tanto il potere di intrattenere rapporti con i terzi in nome del sindacato quanto un'ampia operatività del

assenza di un'organizzazione tale da dar vita a una *Innengesellschaft*, varranno le disposizioni di cui ai §§ 305 ss. *BGB* ¹⁶³.

Per ciò che riguarda le conseguenze della violazione di un patto parasociale, ci si chiede se possano invocarsi i rimedi societari e se, nella specie, sia impugnabile la deliberazione adottata in violazione dello stesso ¹⁶⁴. L'opinione dominante è nel senso che patto parasociale e statuto siano giuridicamente autonomi e che la violazione del primo non possa avere delle conseguenze sul piano di azione del secondo ¹⁶⁵.

Ancora, la dottrina tedesca distingue fermamente i patti parasociali dai contratti di impresa (*Unternehmensverträgen*), disciplinati dai §§ 291 ss. *BGB*. La puntualizzazione è rilevante, atteso che tra questi rientra anche il c.d. contratto di dominio (*Beherrschungsvertrag*), che potrebbe apparire *prima facie* affine ai patti di gestione ¹⁶⁶.

In assenza di una disciplina specifica, la forma, la durata e la pubblicità dei patti parasociali restano libere. Tuttavia, quanto alla forma, deve dirsi che, nella prassi, i patti sono sovente stipulati per iscritto, per volontà delle parti o per legge, in ragione della natura del vincolo parasociale ¹⁶⁷. Quanto alla durata, generalmente questa corrisponde a quella della società. Tuttavia, la giurisprudenza ha chiarito che in nessun caso un vincolo contrattuale, anche

principio maggioritario (che andasse oltre le deliberazioni sul voto).

¹⁶³ La sezione 2 del Libro II del *BGB* (§§ 305 ss.) sui rapporti obbligatori riguarda la "*Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch allgemeine Geschäftsbedingungen*" (letteralmente, "Configurazione di rapporti obbligatori negoziali mediante condizioni generali di contratto").

¹⁶⁴ Resta isolata una pronuncia con cui il *BGH* ha ritenuto che fosse impugnabile la deliberazione adottata con il voto favorevole dei soci di una *GmbH* che, con un precedente sindacato di voto, si erano impegnati a non votare (*BGH*, 20 gennaio 1983, II ZR 243/81, *cit.*, 1910 s.).

¹⁶⁵ Cfr. J. KOCH, § 23, in *Hüffer Komm. z. AktG* ¹⁰, C. H. Beck, Monaco, 2012, *Rn.* 45, 47; U.P. KINZL, *Deutschland*, *cit.*, 84; V. RÖHRICHT, § 23, *cit.*, *Rn.* 256 ss.

¹⁶⁶ La differenza principale tra il contratto di dominio e i patti di gestione risiede nel profilo soggettivo. Ai sensi del § 291 *AktG*, infatti, il contratto di dominio è un contratto di impresa *tra società*, in virtù del quale una società dominante esercita la propria influenza su un'altra. A differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, la legge tedesca sulle società per azioni disciplina espressamente tale contratto prevedendo una serie di misure volte a compensare la posizione dell'impresa dominata. Per queste ragioni, la dottrina tedesca è, invece, molto diffidente verso tutte quelle forme di influenza dominante che, prive di un'adeguata base contrattuale, sfuggirebbero al sistema di pesi e contrappesi previsto dalla legge.

¹⁶⁷ Così per i vincoli sul trasferimento delle quote, nella *GmbH* ad esempio (§ 15 *GmbHG*) o quando il patto cela una *Innengesellschaft*.

parasociale, può superare i trent'anni ¹⁶⁸. Nessuna prescrizione *ad hoc* ¹⁶⁹, infine, impone la pubblicità dei patti che resterebbero, di regola, riservati. Elemento questo che ne rende particolarmente conveniente la stipulazione, specie per regolare aspetti strategici dell'organizzazione societaria ¹⁷⁰.

Chiarita l'estensione del fenomeno dell'ingerenza nella gestione delle società di capitali e definiti i contorni della fattispecie dei sindacati di gestione, rispetto alle altre pattuizioni parasociali e alla disciplina applicabile, occorre adesso mettere a fuoco le principali questioni giuridiche che la conclusione di tali patti solleva, verificandone di volta in volta la compatibilità con i principi cardine dell'ordinamento nazionale e, ove possibile, le soluzioni adottate per le medesime questioni in alcune esperienze straniere.

¹⁶⁸ Cfr. U. P. KINZL, *Deutschland, cit.*, 78.

In giurisprudenza, BGH, 18 settembre 2006, II ZR 137/2004, in *NZG*, 2007, 65.

¹⁶⁹ Il § 9 dell'*Handelsgesetzbuch* prevede l'obbligo di iscrizione sul registro delle imprese soltanto per statuti e contratti di impresa, categorie dalle quali evidentemente esulano i patti parasociali.

¹⁷⁰ Ciononostante, al fine di garantire la trasparenza dell'assetto proprietario, la legge tedesca impone la comunicazione delle partecipazioni rilevanti (§ 20 *AktG*). Il problema è che questa disposizione riguarda le partecipazioni detenute da un'*impresa* in una società per azioni con sede in Germania. Di conseguenza esulano i patti parasociali perché non sono "impresa" mentre qualche dubbio potrebbe sorgere nel caso in cui il patto celi una *Innengesellschaft*. Cfr. U. P. KINZL, *Deutschland, cit.*, 79.

CAPITOLO SECONDO

I PROBLEMI

SOMMARIO: *1. Il sistema di competenze in tema di gestione e i patti in oggetto - 1.1. La riserva all'organo amministrativo. - 1.1.1. Esclusività della gestione e direzione e coordinamento. - 1.1.2. La ratio e l'impatto dei sindacati di gestione. - a) L'esperienza nazionale. - b) La prospettiva comparatistica. - Le implicazioni del modello dualistico e l'esperienza tedesca della Aktiengesellschaft. - La funzione gestoria nelle esperienze di common law. - A vinculação dos administradores e gli acordos de acionistas nel diritto brasiliano. - 1.1.3. Gli interessi degli amministratori. - 1.2. Il rapporto con l'organo assembleare. - 1.3. Ingerenza nella gestione e competenze implicite. - 2. Vincoli sulla gestione e dovere di riservatezza. 3. La responsabilità per la gestione. Il ruolo dei soci sindacati. - 3.1. L'amministratore di fatto. - 3.2. La responsabilità dei soci di s.r.l. - 3.3. Il richiamo alla responsabilità per abuso di direzione e coordinamento di società. - 4. I sindacati di gestione nella giurisprudenza.*

1. Il sistema di competenze in tema di gestione e i patti in oggetto.

A seguito della riforma del 2003, la disciplina delle società per azioni offre tre modelli alternativi di amministrazione e controllo al cui interno si rinvencono regole rigide di ripartizione delle competenze tra gli organi sociali ¹.

¹ La rigida ripartizione delle competenze tra gli organi sociali si pone sovente in rapporto di proporzionalità diretta rispetto alla frequenza del ricorso ai patti parasociali, al fine di introdurre elementi di flessibilità non ammessi a livello sociale.

Considerazioni diverse potrebbero valere, invece, per le società a responsabilità limitata, nell'ambito della quale l'autonomia statutaria gode di ampi margini nella ripartizione delle competenze tra soci e amministratori, rendendo di fatto superfluo, secondo taluno, il ricorso ai patti parasociali. A ben vedere, permangono anche rispetto a tale tipo sociale ragioni che rendono opportuno il ricorso ai patti parasociali (si pensi, ad esempio, ai vantaggi connessi alla riservatezza del patto).

Il nucleo comune ai tre modelli risiede, quanto alla funzione amministrativa, nella sua attribuzione *esclusiva* alla competenza di un solo organo (artt. 2380-*bis*, 2409-*nonies*, 2409-*septiesdecies* c.c.²) e nella sua conseguente sottrazione alla sfera di influenza dei soci o dei terzi. Il potere così attribuito si traduce nel dovere di compiere «tutte le operazioni necessarie all’attuazione dell’oggetto sociale» mentre se ne deduce che è loro fatto divieto di compiere operazioni che siano ad esso estranee³.

La questione del rapporto tra attribuzione delle competenze gestorie e forme di ingerenza esterna nell’esercizio della funzione amministrativa non è sconosciuta in altri ordinamenti europei.

In Germania, in particolare, dove di ammissibilità dell’ingerenza sulla gestione, anche oltre i confini dei patti parasociali, si discute da tempo, i termini del dibattito sono pressoché i medesimi: la funzione amministrativa è esclusiva del consiglio di gestione ed è nullo qualsiasi accordo che intenda surrettiziamente sottrargliela subordinandola a istruzioni esterne. Anche la

Sul punto, cfr. M. COSSU, *I patti*, cit., 51 ss., la quale osserva che non solo devono certamente ammettersi patti parasociali riferiti a s.r.l. ma questi costituirebbero una delle espressioni dell’ampia autonomia contrattuale e statutaria che la legge ricollega a tale tipo sociale. Nonostante l’ampliamento dell’autonomia statutaria, l’A. sottolinea che permarrebbero, anche per la s.r.l., delle esigenze che potrebbero essere soddisfatte soltanto in via parasociale, come la volontà di mantenere segreti certi accordi.

² L’affermazione non è del tutto vera per il sistema dualistico dove la gestione dell’impresa è, letteralmente, di spettanza «esclusiva» del consiglio di gestione ma lo statuto può riconoscere al consiglio di sorveglianza la competenza a deliberare in ordine a operazioni straordinarie e piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione e ferma, in ogni caso, la responsabilità di questo per gli atti compiuti (art. 2409-*terdecies* c.c.).

³ La precisazione si ritrova tanto nella disciplina del modello tradizionale quanto in quella del sistema dualistico mentre manca ma, pare, per difetto di coordinamento nell’art. 2409 *septiesdecies* relativo ai poteri del consiglio di amministrazione del sistema monistico.

G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, 2, Utet, Torino, 2007, 7, nt. 4 è critico rispetto alla formulazione della seconda parte del primo comma dell’art. 2380-*bis* c.c. che definisce «chiaramente manchevole» e «eccessivamente riduttiva e di intralcio all’attività sociale».

Cfr. però M. BIANCA, *Oggetto sociale e clausole generali nella disciplina delle società di capitali*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. MERUZZI - G. TANTINI, in *Tratt. dir. comm. dir. pubb. econ.*, diretto da F. GALGANO, vol. LXII, 2011, Cedam, Padova, 89 ss. a proposito della valenza della clausola rispetto al potere di gestione e dell’idea che il riferimento all’oggetto sociale abbia oggi una valenza *positiva*, in quanto costituisce il risultato alla stregua del quale l’operato degli amministratori deve essere valutato fino a far sorgere in capo a questi un vero e proprio «dovere di osservanza dell’oggetto sociale» (p. 97).

Aktiengesellschaft tedesca, infatti, si fonda su un sistema di ripartizione c.d. orizzontale (e rigido) delle competenze tra *Hauptversammlung*, *Aufsichtsrat* e *Vorstand*, che attribuisce a tale ultimo organo la competenza esclusiva in materia di gestione (§ 76, *Abs. 1* e § 111, *Abs. 4*, *AktG*)⁴.

In entrambi gli ordinamenti, peraltro, la dottrina maggioritaria ravvisa nella norma specifica che attribuisce la funzione gestoria esclusivamente all'organo amministrativo la natura di norma di ordine pubblico, e ne fa discendere la nullità dei patti parasociali, o degli accordi in genere, sulla gestione⁵.

⁴ Si noti che, nel diritto tedesco, non si ritrova un riferimento espresso alla "esclusività" della gestione, ma questa si desume dal fatto che la *Leitung* deve essere esercitata dal *Vorstand* sotto la propria responsabilità (§ 76, *Abs. 1*, *AktG*) e che il potere di compiere atti di gestione (*Geschäftsführung*) non può essere trasferito (*übertragen*) al consiglio di sorveglianza (§ 111, *Abs. 4*, *AktG*).

Per una riflessione più generale sulle questioni poste dall'organo amministrativo quali, in particolare, l'indipendenza e la remunerazione nel diritto tedesco e nel diritto europeo, si veda K. J. HOPT, *Modernizing the board of directors*, in *Liber amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, diretto da M. ANDENAS - S. DIAZ ALABART - SIR B. MARKESINIS - H. MICKLITZ - N. PASQUINI, British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2007, 532 ss.

Attesa l'omogeneità dei principi che regolano la *governance* societaria, non è di ostacolo alla comparazione né il fatto che il sistema tedesco di amministrazione e controllo sia dualistico e che in Italia i sistemi siano tre, alternativi tra loro, né che, nel corso del presente lavoro, si faccia riferimento prevalentemente alla disciplina nazionale che regola il modello c.d. tradizionale di amministrazione e controllo, in ragione della sua centralità.

⁵ Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1186 ss.; M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 112 ss.; A. TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale e supervisione degli azionisti. L'esperienza italiana a confronto con la disciplina delle public compagnie nordamericane*, Giuffrè, Milano, 2003, 220 ss.; B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali*, cit., 601 s.; N. ABRIANI, *Articolo 2380 bis. Amministrazione della società*, in *Il nuovo diritto societario*, artt. 2325 - 2409 c.c., a cura di G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI, Zanichelli, Bologna, 2004, 669 ss.; M. FRANZONI, *Società per azioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, diretto da F. GALGANO, Zanichelli - Soc. Ed. Foro it., Bologna - Roma, 2008, 9; F. GALGANO, *Le nuove società di capitali*, cit., 9, considera tali patti «sicuramente nulli».

Prima della riforma, per l'opinione che negava l'ammissibilità dei patti di gestione per contrarietà con il sistema di ripartizione delle competenze cfr. F. BOCHICCHIO, *Gestione dell'impresa e interessi nelle società per azioni ordinarie ed in quelle speciali*, in *Contr. impr.*, 1994, I, 304; N. SALANITRO, *Il regime dei sindacati*, cit., 751 s., sul presupposto che «è funzione insopprimibile di un consigliere di amministrazione la valutazione discrezionale di tutti gli elementi necessari per pervenire ad una decisione», lasciando intendere che tra questi elementi potrebbero rientrarvi legittimamente anche le direttive degli azionisti purché non vincolanti; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985, 101 s., assumendo che il principio dell'esclusività della funzione amministrativa fosse inderogabile sia dai soci che dagli stessi amministratori; ID., *Sintesi dei risultati del convegno*, cit., 481 ss.; P. SCHLESINGER, *Oggetto delle clausole*, cit., 107 ss.; .

Nella verifica della misura dell'interazione tra accordi sulla gestione e sistema legale di *governance* societaria, emerge che il tema dell'esclusività della funzione gestoria non esaurisce il panorama delle questioni giuridiche che possono porsi, ancora con evidenti analogie tra l'ordinamento italiano e quello tedesco.

In primo luogo, la *competenza* esclusiva importa la *responsabilità* esclusiva dell'organo amministrativo che è tenuto ad adempiere i doveri imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (art. 2392 c.c.) o, nell'ordinamento tedesco, «con la diligenza di un ordinario e coscienzioso amministratore» (§ 93 *AktG*).

In secondo luogo e come meglio si vedrà, il sistema prevede una serie di regole volte a garantire la neutralità dell'organo, e ciò, principalmente, mediante la disciplina sugli interessi degli amministratori.

Si consideri, poi, che anche la tutela della riservatezza delle informazioni acquisite in ragione dell'ufficio ricoperto rientra tra i doveri fiduciari che gravano in capo a chi esercita la funzione gestoria. Peraltro, in presenza di un patto parasociale sulla gestione, il dovere di riservatezza assume rilievo autonomo tanto rispetto al terzo che intende ingerirsi nella gestione (e avere accesso alle relative informazioni) quanto rispetto allo svolgimento del processo decisionale in seno agli organi del sindacato, ove si voglia ritenere che l'interferenza nella gestione faccia sorgere in capo a chi la esercita dei doveri di protezione nei confronti degli altri soci e dei terzi.

Sempre prima della Riforma del 2003, M. FRANZONI, *Gli amministratori, cit.*, 9, riteneva di leggere la disposizione, poi abrogata, contenuta all'art. 2364, n. 4, c.c. come confermativa del fatto che la competenza istituzionale degli organi sociali non potesse essere modificata da atti di autonomia privata osservando che, quanto alla funzione gestoria, questa fosse di competenza degli amministratori e le eventuali deliberazioni assembleari avessero «la natura di semplici pareri vincolanti».

Per il diritto tedesco, sull'inammissibilità di vincoli a carico degli organi sociali, cfr. M. KORT, § 76, *Großkomm. z. AktG*⁵, De Gruyter, Berlino, 2015, *Rn.* 42 ma l'opinione è unanimemente condivisa, cfr. H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, in *Kölner Komm. z. AktG*³, Heymanns, Kölln, 2010, *Rn.* 44; G. SPINDLER, § 76, in *Münchener Komm. z. AktG*⁴, C. H. Beck, Monaco, 2014, *Rn.* 20; H. FLEISCHER, § 76, in *Spindler/Stilz Komm. z. AktG*², C. H. Beck, Monaco, 2010, *Rn.* 57 s.; J. KOCH, § 76, in *Hüffer Komm. z. AktG*¹¹, C.H.Beck, Monaco, 2014, *Rn.* 25. Si vedano anche H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, *cit.*, *Rn.* 52, i quali escludono l'ammissibilità di accordi personali tra un membro del *Vorstand* e un terzo perché, in linea di principio, incompatibili con i doveri fiduciari che gravano sull'organo amministrativo.

Già da queste considerazioni preliminari si comprende la ragione della diffidenza con cui dottrina e giurisprudenza guardano al tema dell'ammissibilità dei sindacati di gestione.

A ciò si aggiunga che l'ingerenza di un socio o di un terzo viola la regola di corrispondenza tra responsabilità e gestione tipica delle società azionarie. In assenza di un meccanismo certo che consenta di estendere la responsabilità a chi ha autorizzato o influenzato il compimento di certi atti, salvo poterlo ricavare in via interpretativa da altre discipline, chi si ingerisce *non* può essere chiamato a rispondere della propria condotta. Di conseguenza, il terzo non solo non incorrerà in responsabilità per il caso in cui abbia impartito direttive dannose per la società ma, in generale, non sarà tenuto dalla legge al rispetto di alcun dovere fiduciario o di tutela della riservatezza perché formalmente estraneo alla struttura corporativa e all'organo amministrativo.

Tenuto conto del possibile impatto dei sindacati di gestione sul sistema di governo delle società azionarie, ci si soffermerà di seguito su ciascuna delle questioni brevemente richiamate. Tuttavia, si osservi sin d'ora che l'intensità di tale impatto non è costante e che, anzi, la ricognizione, compiuta nel precedente capitolo, della fenomenologia dei sindacati di gestione conferma che soltanto nelle ipotesi più incisive - e che per maggiore efficacia descrittiva si sono definite 'forti' - il centro decisionale si sposta *completamente* dall'organo alla compagine parasociale e il primo diviene mero esecutore delle istruzioni della seconda. E ciò soprattutto ove l'amministratore aderisca al patto in prima persona abdicando così, almeno di fatto, alla sua funzione di tutore dell'interesse generale della società.

Peraltro, anche in queste ipotesi estreme, della cui liceità si dubita fortemente, i due piani, sociale e parasociale, si intersecano ma non si sovrappongono. Le direttive del sindacato necessitano pur sempre di essere attuate per acquistare efficacia reale. L'attuazione è rimessa alla discrezionalità dell'amministratore che, seppure sostanzialmente depotenziato, risponderà ai sensi di legge della propria condotta ⁶.

⁶ È questa, come si vedrà, la prospettiva suggerita da M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 481 s. e ID., *Le società di autoproduzione*, cit., 501, il quale, in netta contrapposizione con la dottrina che nega l'ammissibilità dei patti di gestione sempre o,

Così, se si considerano le ipotesi meno 'forti' di sindacato, in cui o l'amministratore resta estraneo al patto o il grado di vincolatività dell'accordo è inferiore, si prospettano itinerari interpretativi alternativi.

In conclusione, il fenomeno dei patti di gestione solleva questioni giuridiche di non poco momento che meritano un'attenta disamina per comprendere se ed entro quali limiti vi si possa lecitamente fare ricorso.

Rinviando alla parti successive la verifica di quella che resta, al momento, soltanto un'*ipotesi* interpretativa, si può osservare che se, in linea di principio, l'opinione rigorosa su richiamata appare ispirata dall'esigenza di salvaguardare il sistema di valori e di principi consacrato nelle norme imperative che regolano la *governance* delle società azionarie, essa, tuttavia, non tiene in debito conto l'eterogeneità del fenomeno dei sindacati di gestione, con l'inevitabile rischio di sottoporlo a controlli preventivi troppo stringenti, esclusivamente in termini di liceità, senza adeguatamente considerare, da un lato, la varietà delle possibili modalità di espressione dello stesso fenomeno, e dall'altro, ulteriori versanti del procedimento di valutazione di un atto atipico di autonomia privata (art. 1322, 2° co., c.c.): la meritevolezza degli interessi perseguiti e, quindi, l'apprezzamento del momento attuativo dell'accordo concluso.

1.1. La riserva all'organo amministrativo.

L'art. 2380-bis c.c. rappresenta il prodotto più significativo della Riforma del 2003 per le implicazioni che ne derivano in termini di ricostruzione del tipo società per azioni⁷. Con la previsione di cui al primo comma il legislatore sancisce la definitiva oggettivizzazione e spersonalizzazione dell'esercizio della gestione dell'impresa⁸ che viene affidata a un organo specializzato costituito,

comunque, quando a questi aderisca direttamente il componente dell'organo amministrativo, ritiene che non vi è ragione di contestare la validità di tali accordi purché abbiano causa lecita, osservando che il componente dell'organo amministrativo potrà anche assumere impegni diretti purché conformi all'interesse sociale.

⁷ Secondo M. M. PRATELLI, *Problemi, cit.*, 118, l'art. 2380-bis. c.c. segnerebbe «l'evoluzione in senso manageriale della disciplina della s.p.a.» e l'incompatibilità con tale sistema di qualsiasi strumento che, di fatto, sottragga agli amministratori le loro competenze.

⁸ Sui rapporti tra soci e organo amministrativo fondamentali l'opera di P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975 e il contributo di G.B. PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio, cit.*, 5 ss.

Cfr. B. LIBONATI, *Il governo del consiglio di amministrazione di società per azioni*, in

almeno di regola, da non soci⁹. Il ruolo di governo dell'assemblea viene, conseguentemente, confinato ai casi eccezionali di *autorizzazioni* richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ai sensi dell'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c.¹⁰.

In questi termini può cogliersi la differenza tra la società per azioni e la

Scritti giuridici, I, Giuffrè, Milano, 2013, 471 ss. e C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, Giuffrè, Milano, 2012, 345 ss. e 348; R. SACCHI, *La partecipazione dei soci ai processi decisionali delle società di capitali*, in AA. VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, 193 ss., il quale, a commento del programma di riforma e osservando gli spazi residui di coinvolgimento formale dei soci nell'attività sociale, ravvisava un *trend* di riduzione della partecipazione di questi ultimi ai processi decisionali.

⁹ Al contrario di quanto previsto per la s.r.l. dove l'amministrazione spetta, di regola, a soci e l'attribuzione della funzione a non soci ha carattere eccezionale, cfr. G. GUIZZI, *sub art. 2380 bis*, *cit.*, 73.

¹⁰ Tale previsione non è riprodotta nell'ambito del sistema dualistico dove, se previsto dallo statuto, il consiglio di sorveglianza delibera in ordine «alle operazioni strategiche e ai piani, industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti» (art. 2409-*terdecies* c.c.). Sul punto, si veda G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, *cit.*, 8 il quale ritiene che il problema della competenza dell'assemblea vada risolto alla stessa stregua degli altri sistemi di amministrazione e controllo anche sulla scorta dell'esperienza dei Paesi europei che hanno adottato il modello dualistico e hanno previsto che il consiglio di sorveglianza, o l'organo ad esso corrispondente, possa richiedere all'assemblea di pronunciarsi su materie per le quali è richiesta, dalla legge o dallo statuto, la sua autorizzazione e/o che l'assemblea si pronunci nel caso in cui il consiglio di sorveglianza neghi l'approvazione del bilancio di esercizio (nel diritto tedesco si vedano i §§ 111, Abs 4, e 172 *AktG*).

Per il rapporto tra art. 2380-*bis* e 2364, n. 5, c.c. si veda F. VASSALLI, *sub Art. 2380-bis*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'ALESSANDRO, vol. II, t. II, *Commento agli articoli 2380 - 2451 del Codice Civile*, Piccin, Padova, 2011, 13 ss.

Peraltro, prima della riforma del 2003, l'ammissibilità dell'influenza dei soci (paciscenti) sull'amministrazione poteva trovare un seppur generico riferimento normativo nell'art. 2364, n. 4, c.c. che prevedeva che l'atto costitutivo potesse riservare all'assemblea (o che gli amministratori potessero sottoporre al suo esame) alcune materie attinenti alla gestione (sui rapporti tra assemblea e organo amministrativo e sulla partecipazione dei soci al controllo della società, cfr. A. GAMBINO, *Un revirement della Cassazione in materia di sindacati di voto? Tutela delle minoranze e ragioni dell'impresa nei sindacati di voto*, in *Giur. comm.*, 1997, II, 78 s.). Il legislatore del 2003 ha eliminato questo riferimento prevedendo che l'assemblea possa solamente pronunciarsi sulle *autorizzazioni* richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, «ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti» (art. 2364, n. 5, c.c.). Esclusa qualsiasi devoluzione di competenze gestorie a favore dell'assemblea, vige un regime di responsabilità *esclusiva* degli amministratori per tutti gli atti di gestione (anche se autorizzati dall'assemblea), contrariamente a quanto avveniva in passato quando avrebbe potuto presentarsi la situazione in cui nessun organo potesse essere chiamato a rispondere di un atto gestorio deliberato dall'assemblea: né quest'ultima, organo irresponsabile per definizione, né gli amministratori, esonerati da qualsiasi responsabilità sociale per avere sottoposto il compimento dell'atto alla deliberazione assembleare

società a responsabilità limitata, dove l'organizzazione e l'esercizio della funzione gestoria sono rimesse ai soci che, anche nei casi in cui la società si doti di una struttura corporativa più rigida, possono sempre, a maggioranza qualificata, sottoporre alla propria approvazione le materie rimesse alla competenza dell'organo amministrativo (art. 2479, co. 1, c.c.)¹¹.

Peraltro, se è certamente vero che la rilevanza attribuita alla persona del socio e la flessibilità del tipo rispetto a un coinvolgimento dello stesso nella gestione costituiscono i principali elementi di differenziazione della s.r.l. dalla s.p.a., ciò non implica che, nell'ambito del primo modello, i margini di spostamento del potere gestorio, dagli amministratori alla collettività dei soci o a singoli esponenti della stessa (nel caso dell'attribuzione di particolari diritti *ex*

¹¹ La legge delega per la riforma delle società di capitali, n. 366 del 3 ottobre 2001, evidenziava la necessità di «definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali» (art. 2, 1° co., lett. b). Con riferimento alle società a responsabilità limitata, sottolineava la necessità di creare «un autonomo e organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sulla rilevanza centrale del socio e di rapporti contrattuali tra i soci» (art. 3, co. 1, lett. a) mentre, per le società per azioni, auspicava la creazione di «un assetto organizzativo idoneo a promuovere l'efficienza e la correttezza della gestione dell'impresa sociale» (art. 4, co. 2, lett. b). In piena coerenza con le finalità enunciate nella legge delega e con il riferimento a una gestione corretta ed efficiente sarebbe, quindi, l'introduzione dell'art. 2380-bis c.c. In questo senso cfr. G. GUIZZI, *sub art. 2380 bis, cit.*, 73.

In senso dubitativo sulla necessità di una regola che prevedesse la competenza esclusiva dell'organo amministrativo, osservando come la legge delega si limitasse a richiedere la definizione delle «competenze dell'organo amministrativo con riferimento all'esclusiva responsabilità di gestione dell'impresa sociale» (art. 4, co. 8, lett. c), cfr. P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenze e procedimento nella legge di riforma*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di M. RESCIGNO - A. SCIARRONE ALIBRANDI, Giuffrè, Milano, 2004, 44 ss.; ID., *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. liber amicorum Antonio Piras*, Utet, Torino, 2010, 10; M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *RDS*, 2013, 357, nt. 62.

Osserva P. ABBADESSA, *op. ult. cit.*, 11 che la possibilità di garantire ai soci di s.r.l. un'ampia influenza sulla gestione non manca di sollevare dei problemi. E ciò quantomeno con riferimento a due norme: l'art. 2479, co. 1, c.c. e l'art. 2476, co. 1, c.c. Quanto alla prima norma, là dove stabilisce che uno o più degli amministratori o tanti soci che rappresentano un terzo del capitale sociale possono chiedere che la decisione sia rimessa all'approvazione dei soci, espone al rischio che si consolidi una minoranza (pari a un terzo) che, in forte conflitto con la maggioranza, si avvalga troppo spesso di questa possibilità determinando una «deriva assemblearistica». La seconda disposizione, poi, riconosce a ciascun socio il diritto di controllare, in ogni momento, i documenti relativi all'amministrazione, anche in questo caso con il rischio di comportamenti ostruzionistici che pregiudichino l'efficienza della gestione.

Per un commento alla legge delega di riforma del diritto delle società di capitali ma dal punto di vista del nuovo regime della s.r.l. che la stessa legge delineava, si veda M. PERRINO, *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2002, V, 1118 ss.

art. 2468 c.c.), siano illimitati ¹². Ed infatti, salvo che l'autonomia statutaria non decida diversamente, il potere gestorio spetta all'organo amministrativo ¹³. E anche qualora la funzione venga ad essere "deformalizzata" resta l'esigenza della previsione di competenze inderogabilmente rimesse alla decisione dell'organo amministrativo (art. 2475, ult. co., c.c.) il quale è responsabile per la gestione (art. 2476 c.c.), responsabilità alla quale si *aggiunge* ma non si sostituisce quella di soci o terzi che abbiano eventualmente «deciso o autorizzato atti dannosi per la società» (art. 2476, co. 7, c.c.) ¹⁴. Queste considerazioni confermano che, anche nella s.r.l. riformata, persistono delle ragioni che potrebbero rendere opportuno il ricorso ai sindacati di gestione e rispetto alle quali sussiste, con eguale rilevanza che per la s.p.a., l'interesse a verificarne la portata e la compatibilità con il sistema di governo ¹⁵.

¹² Osservano B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali*, cit., 601 s. che sebbene i «diritti particolari» previsti dal terzo comma dell'art. 2468 c.c. individuino una categoria ampia che ricomprende sia diritti di gestione diretta che di controllo (e, infatti, l'art. 2476, co. 7, c.c. si riferisce ai soci che hanno *deciso o autorizzato*), tale conformazione non sarebbe realizzabile mediante patto parasociale tra socio e amministratore per il fatto che mentre i diritti particolari predetti sono modificabili, e introducibili, all'unanimità (e l'introduzione della regola maggioritaria attribuisce ai soci dissenzienti il diritto al recesso), nel caso dei patti parasociali di gestione la minoranza verrebbe a *subire* una modificazione del rapporto gestorio.

¹³ Cfr. O. CAGNASSO, *Profili della disciplina degli amministratori di s.r.l.*, in AA. VV., *Saggi sui grandi temi della corporate governance*, a cura di C. TEDESCHI, Giuffrè, Milano, 2013, 71 s., il quale osserva che la ripartizione delle competenze nella s.r.l. ricalca quella prevista per la s.p.a., con la differenza che mentre in quest'ultima è rigida, nella prima ha carattere derogabile e consente ai soci di dar vita a una indeterminata varietà di combinazioni, fatte salve, in ogni caso, le competenze inderogabilmente riservate dalla legge ai soci o agli amministratori.

Osserva V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, IV, Utet, Torino, 2007, 673 s., a proposito della responsabilità dei soci ex articolo 2476, co. 7, c.c. e del fatto che questa si aggiunga a quella legale degli amministratori, che il fatto che i soci si ingeriscano nella gestione, così come, nella vigenza del vecchio articolo 2364, n. 4, c.c., faceva l'assemblea della s.p.a. non può mai tradursi nella cancellazione del sistema legale che pone in capo agli amministratori la responsabilità personale per la gestione. Pertanto, pur in assenza di una norma analoga all'articolo 2380-bis c.c., «l'esclusività delle competenze gestorie è imposta da principi» (nt. 22) e, aggiunge, ciò «riduce in modo notevole l'effettiva libertà di ripartizione delle competenze gestorie tra amministratori e soci e rende di ben modesto momento la portata asseritamente riequilibrante della norma sulla responsabilità dei soci» (p. 674)

¹⁴ Cfr. G. C. M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, 3, Utet, Torino, 2007, 517 ss. e, in particolare, 533 ss.

¹⁵ Dall'opinione di G. C. M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 539, pare di dedurre che le limitazioni al potere gestorio sarebbero ammissibili, anche sotto forma di autorizzazioni o diritti di veto, purché non si traducano in obblighi a carico degli amministratori,

Resta il fatto che non è riprodotto nella disciplina della società a responsabilità limitata il principio dell'esclusività della funzione gestoria, chiaramente enunciato per la società per azioni (artt. 2380-*bis*, 2409-*nonies*, 2409-*septiesdecies* c.c.) e che costituisce il principale ostacolo ad una valutazione positiva dei patti di gestione, sul presupposto della inammissibilità di qualsiasi compressione dell'autonomia e della discrezionalità degli amministratori. Tuttavia, poiché questa opinione, sebbene diffusa e maggioritaria, non è unanime e il dibattito registra autorevoli voci dissenzianti, è necessario ripercorrerne le tappe fondamentali e delineare i contorni delle questioni giuridiche che ne sono scaturite ¹⁶.

Prima della riforma, l'estensione della competenza gestoria nelle s.p.a. si ricavava mediante il combinato disposto degli artt. 2384, co. 1, c.c. («gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salvo le limitazioni che risultano dalla legge o dall'atto costitutivo») e del vecchio art. 2364, co. 1, n. 4, c.c. che, a proposito della competenza dell'assemblea, disponeva che questa potesse *deliberare* «sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori» ¹⁷. Ne discendeva un sistema in cui esistevano materie attinenti

dovendosi ritenere illegittima l'attribuzione al socio del potere di decidere in maniera vincolante in materia gestoria. L'argomento è svolto con riferimento al problema dell'attribuibilità di poteri gestori *diretti* nell'ambito dei «particolari diritti» di cui all'art. 2468, co. 3, c.c.

¹⁶ L'art. 2380-*bis* c.c. avrebbe carattere imperativo e delineaerebbe un sistema in cui, a presidio dell'interesse sociale e dell'affidamento dei terzi, chi gestisce, autonomamente e in maniera esclusiva, risponde della propria condotta (cfr. M. M. PRATELLI, *Problemi, cit.*, 118). I soci, limitatamente responsabili, resterebbero invece esclusi da qualsiasi competenza gestoria potendo solo deliberare, riuniti in assemblea, sulle materie fissate dalla legge. Tale rigida ripartizione di competenze tra gli organi sociali troverebbe conferma nella scelta del legislatore di prevedere un altro tipo societario, la s.r.l., più flessibile. Cfr. M. M. PRATELLI, *op. ult. cit.*, 120, secondo il quale gli effetti conseguiti con i patti di gestione sarebbero realizzabili, nella S.r.l., in via statutaria (*ex art.* 2479 c.c. e, per la responsabilità per la gestione, *ex art.* 2476 c.c.). Per una riflessione sulle regole di responsabilità da eterogestione, con particolare riguardo alla responsabilità del socio «gestore» nella s.r.l. e a quella da abuso di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c., si veda M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità, cit.*, 331.

¹⁷ Il problema dell'estensione del potere gestorio si poneva anche nella vigenza del vecchio codice quando ci si chiedeva se vi rientrassero tutti gli atti pertinenti all'oggetto sociale oppure se ne restassero escluse le operazioni dirette a promuovere trasformazioni strutturali dell'impresa. Con l'avvento del nuovo codice e alla luce della lettera dell'art. 2364, n. 4, c.c. propende per la tesi estensiva P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa, cit.*, 40 ss.

alla gestione sulle quali l'assemblea poteva essere chiamata a deliberare¹⁸ e rispetto alle quali si ponevano diverse questioni¹⁹, tra cui quella di chi dovesse rispondere degli eventuali danni nei confronti della società o dei terzi: teoricamente non i soci, tipicamente irresponsabili, ma neppure gli amministratori, che ne erano esonerati proprio perché si trattava di atti attratti alla "competenza" assembleare²⁰. Della complessità del tema è prova il fatto che, anche prima delle profonde modifiche introdotte nel 2003, il confine tra competenze assembleari e competenze dell'organo amministrativo era percepito come «mobilissimo»²¹ e animato era il dibattito tra quanti sostenevano che agli amministratori spettasse una competenza *esclusiva* per la gestione e che l'assemblea potesse solo impartire direttive *non* vincolanti e quanti, invece, sostenevano il carattere vincolante delle direttive assembleari²².

Tra questi ultimi vi era chi²³ riteneva di dovere valorizzare il ruolo

Peraltro, giova ricordare che il contesto storico in cui il dibattito maturava era quello di una graduale valorizzazione e «indipendentizzazione» dell'organo amministrativo non solo in Italia ma quasi in tutta Europa con significative differenze nelle esperienze di *common law*. Per una ricostruzione storico-comparatistica dell'evoluzione del ruolo degli amministratori a partire dal XVII secolo si veda ID., *op. ult. cit.*, 6 ss.

¹⁸ E se ne traevano argomenti a favore dell'ammissibilità di patti parasociali sulla gestione. Cfr. A. GAMBINO, *Un revirement della Cassazione*, cit., 77 s.; ID., *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, 846.

¹⁹ Si veda per tutti, P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 5, il quale ricorda che intorno all'art. 2364, n. 4, c.c. ruotavano problemi di grande rilievo: i limiti della competenza riservata all'assemblea; la posizione degli amministratori e, in particolare, se questi fossero obbligati a devolvere alla stessa certe deliberazioni; la posizioni degli amministratori rispetto all'esecuzione di tali deliberazioni.

²⁰ Cfr. sul punto la *Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, cit., 123. Ferma restando la responsabilità nei confronti dei soci e dei terzi, si escludeva quella nei confronti della società, cfr. P. ABBADESSA, *L'assemblea*, cit., 36 ss.

Prima della riforma, nello stesso senso, M. FRANZONI, *Gli amministratori*, cit., 6 ss. il quale faceva notare inoltre che, nonostante la previsione di cui all'art. 2364, n. 4, c.c. e, quindi, una competenza gestoria dell'assemblea, l'esecuzione delle decisioni prese dall'assemblea spettasse inderogabilmente ed esclusivamente agli amministratori. Di conseguenza, «nel momento esecutivo delle deliberazioni assembleari, si reintroduce il controllo e l'apprezzamento dell'organo responsabile all'esterno» (p. 7).

²¹ Cfr. M. SCIUTO, P. SPADA, *Il tipo società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 1*, Utet, Torino, 2004, 60.

²² Cfr. V. CALANDRA BUONAURO, *Potere di gestione*, cit., 106 ss., il quale ribadiva che la competenza a dare esecuzione alle deliberazioni assembleari fosse esclusiva degli amministratori. Nello stesso senso, qualificando le deliberazioni assembleari sulle materie gestorie come aventi «natura di semplici pareri non vincolanti», cfr. M. FRANZONI, *Gli amministratori*, cit., 9.

²³ Per tutti, cfr. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 1975.

sostanzialmente sovrano dell'assemblea quantomeno rispetto a quelle decisioni cc.dd. di interesse primordiale, capaci di incidere profondamente sull'organizzazione sociale o sui diritti dei soci ²⁴, e rispetto alle quali, seppure attinenti alla gestione, doveva in ogni caso riconoscersi una competenza non scritta dell'assemblea a deliberare. Tale competenza era garantita dal dovere degli amministratori di rimettere tali materie alla deliberazione assembleare o in ossequio al dovere di diligenza e correttezza imposto dalla natura dell'incarico o in virtù del dovere di perseguire l'interesse sociale e di agire in buona fede ²⁵. Gli amministratori che avessero ommesso di farlo avrebbero agito a proprio rischio e, oltre a esporsi a responsabilità per danno alla società, avrebbero potuto essere revocati per giusta causa ²⁶.

Il dibattito appena richiamato conferma la centralità del rapporto tra organo assembleare e organo gestorio e su di esso si tornerà nell'intento di approfondire l'evoluzione del ruolo dell'assemblea della società per azioni. Basti anticipare che, sebbene la riforma del 2003 abbia fornito un criterio inequivocabile di ripartizione delle competenze e abbia chiarito che quella gestoria spetta esclusivamente all'organo amministrativo deve darsi atto del fatto che, come si vedrà, la questione del ruolo di governo dei soci ha continuato a porsi e, con argomenti diversi, autorevole dottrina ha ritenuto che, in presenza di determinate circostanze, il coinvolgimento dell'assemblea in materia gestoria - sia pure non necessariamente mediante esercizio di competenze decisionali,

²⁴ Osservava P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa, cit.*, 41 che «nel corso della gestione possono intercorrere atti il cui compimento è in grado di mettere in discussione le sorti stesse dell'impresa. Si pensi, per fermarsi a esempi familiari alla nostra prassi economica, ad un contratto di cointeressenza, ad un contratto di consorzio avente per oggetto il contingentamento della produzione, ad un contratto che impegni per più anni a prezzi stabiliti la produzione dell'impresa, alla sostituzione dello stabilimento in cui l'impresa è esercitata, ove questo svolga la funzione di collettore di clientela (ad esempio, albergo), ai contratti che determinano una situazione di controllo esterno ai danni della società».

²⁵ Sui rapporti tra soci e organo amministrativo restano fondamentali P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa, cit.*, 1975 e G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio, cit.*, 5 ss. Tra i contributi più importanti, cfr. anche P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 3*, Utet, Torino, 1994, 19 ss.; ID., *La competenza assembleare, cit.*, 6 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985, 27 ss.; ID., *Potere di gestione, cit.*, 27 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori, cit.*, 2 ss.

²⁶ L'atto eventualmente compiuto in difformità da quanto voluto dai soci non sarebbe stato travolto secondo P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa, cit.*, 74 il quale escludeva l'invocabilità di rimedi di carattere reale.

bensì anche solo quale destinataria di informazioni obbligatorie - sia ancora imprescindibile.

Quanto alla natura dell'art. 2380-*bis* c.c., infine, tale disposizione assurge al rango di norma di principio di carattere imperativo e ciò la pone come parametro normativo di riferimento nella valutazione dell'ammissibilità dei sindacati di gestione.

Sul punto, è interessante richiamare un'opinione che, espressa prima della riforma del 2003, offre una concezione «funzionale» dell'imperatività declinandola in ragione della funzione, appunto, che la norma svolge rispetto al tipo sociale di riferimento e individuando un limite alla stessa nel fatto che «essa non è vincolante (neppure) per le parti, quando le disposizioni convenzionali che derogano alla regola organizzativa imperativa non ne alterano la funzione sociale: l'alterazione è *in re ipsa* quando le disposizioni convenzionali sono formalmente inserite nello statuto sociale (di modo che dette disposizioni sono inammissibili); la stessa alterazione può invece non aversi quando dette disposizioni non sono formalmente inserite nello statuto sociale, e quindi si tratta di esaminare di volta in volta se la loro osservazione (sul piano extrasociale) possa incidere sulla funzione sociale (solo in tal caso, pertanto, esse potranno considerarsi inammissibili)»²⁷.

Le ragioni di fondo che sembrerebbero giustificare l'introduzione del principio di cui all'art. 2380-*bis* c.c. risiederebbero, da un lato, nell'esigenza di certezza dei rapporti tra gli organi sociali; dall'altro, nell'esigenza di efficienza produttiva.

Ne deriva che un sistema come quello attuale, in cui esiste un principio che individua con chiarezza l'organo cui compete la gestione e che di essa è responsabile, ha una funzione deflattiva del contenzioso, superando i problemi che, sul punto, si ponevano in passato; inoltre, esso promuove la creazione di organi con maggiori poteri ma anche con maggiori e meglio definite responsabilità a garanzia di una conduzione dell'impresa trasparente, professionale, stabile e, quindi, più idonea a perseguire la tutela dell'interesse

²⁷ Cfr. N. SALANITRO, *Il regime dei sindacati*, cit., 747.

sociale ²⁸.

Come si è visto, considerazioni analoghe a quelle svolte sinora possono farsi con riferimento alla *Aktiengesellschaft* di diritto tedesco, dove, ferme le peculiarità del modello dualistico, il potere di gestione è, in via di principio, riservato all'organo amministrativo.

Il modello tedesco di *governance* della AG, infatti, si fonda sulla ripartizione delle competenze, gestoria e di controllo, tra *Aufsichtsrat* e *Vorstand* ²⁹. Il § 76, *Abs. 1, AktG* dispone che «il consiglio di gestione deve gestire la società sotto la propria responsabilità».

Dal combinato disposto dei §§ 76, *Abs. 1*, e 111, *Abs. 4, AktG* («al consiglio di sorveglianza non può essere trasferito il potere di compiere atti attinenti alla gestione») deriva un principio di intangibilità della *Leitung der Aktiengesellschaft*, in virtù del quale il *Vorstand* ha il potere di gestire l'impresa autonomamente e non può essere soggetto né direttamente né indirettamente a istruzioni esterne, provenienti dall'azionista di maggioranza o da un gruppo di azionisti o da un terzo o dagli altri organi della società ³⁰.

1.1.1. (segue) Esclusività della gestione e direzione e coordinamento.

Se di esclusività della gestione deve ormai parlarsi attesa la formulazione letterale dell'art. 2380-bis c.c., si è visto che questo principio certamente “convive” nel nostro ordinamento con alcune forme legittime di eterogestione. Tra queste, appare particolarmente interessante, per il dibattito che ne è scaturito, richiamare ancora una volta la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di società (artt. 2497 ss. c.c.), che offre numerosi spunti ricostruttivi tanto sulla relazione tra soci e amministratori quanto sulle

²⁸ Per queste considerazioni cfr. M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 214 ss.

²⁹ Per una ricostruzione in chiave storico-comparatistica dell'evoluzione dei rapporti tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione, con ampi riferimenti al *Führerprinzip* e alla sua abolizione, cfr. G. B. PORTALE, *Il modello dualistico di amministrazione e controllo. Profili storico-comparatistici*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 44 ss.

³⁰ Cfr. M. KORT, § 76, *cit.*, *Rn.* 42 ma l'opinione è unanimemente condivisa, cfr. H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, *cit.*, *Rn.* 44; G. SPINDLER, § 76, *cit.*, 2014, *Rn.* 20; H. FLEISCHER, § 76, *cit.*, *Rn.* 57 s.; J. KOCH, § 76, *cit.*, *Rn.* 25.

conseguenza dell'ingerenza nella gestione.

La circostanza che il legislatore abbia dedicato una disciplina *ad hoc* a questo modello organizzativo e abbia dettato delle regole che ne governano il funzionamento, seppure per frammenti, porta a chiedersi se le caratteristiche tipologiche della società azionaria che opera autonomamente sul mercato mutino, quando questa è parte di un gruppo e opera in vista dell'attuazione di un programma economico unitario. La questione che qui rileva è, in particolare, se con l'assetto organizzativo muti anche il significato della competenza degli amministratori, che da «esclusiva» verrebbe ad essere condivisa o, ove si voglia accedere ad interpretazioni più ardite, addirittura disapplicata.

Sul punto, parte della dottrina è orientata nel senso di ribadire il principio dell'esclusività della funzione gestoria. A prescindere dal se possa ravvisarsi uno statuto giuridico organico del gruppo di società o solo frammenti di regole volti a disciplinare le conseguenze patologiche dell'abuso di attività di direzione e coordinamento di società ³¹, si ritiene che la partecipazione a un gruppo non sia in sé sufficiente a modificare il ruolo degli amministratori della società diretta e a ridurne le competenze. E ciò per la duplice ragione per cui, da un lato, tali amministratori sono generalmente coinvolti nella definizione delle linee di azione comuni ³²; dall'altro, essi mantengono una propria sfera di autonomia decisionale, non essendo meri esecutori di direttive esterne ma dovendo decidere e giustificare (art. 2497-ter c.c.) le modalità attuative delle strategie di gruppo ³³.

³¹ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. SCOGNAMIGLIO, Giuffrè, Milano, 2003, 198 ss.; U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata. (Appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *RDS*, 2009, 122 ss.; ID. *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, Milano, 2010, 93 ss. Si veda anche C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 377 ss.

³² Cfr. B. LIBONATI, *Sistema del gruppo, controllo di legalità e di merito*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2013, I, 811 ss. Si veda però P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi nei gruppi societari: principi e problemi*, in *RDS*, 2007, II-III, 241 il quale ritiene possibile che la definizione delle linee strategiche del gruppo sia rimessa alla competenza dell'assemblea e non all'organo amministrativo.

³³ Cfr. B. LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo. Responsabilità della capogruppo, degli amministratori e delle varie società*, in *Scritti giuridici*, 2013, I, 791 ss. si veda anche C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi, cit.*, 367 ss. il quale enfatizza la funzione di

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la partecipazione di una società ad un gruppo implichi, quantomeno, un ridimensionamento della portata del principio di cui all'art. 2380-bis c.c. I sostenitori di questa tesi ritengono che l'attività di direzione e coordinamento comporti che i poteri gestori relativi alla società dipendente spettino, in primo luogo, all'organo amministrativo della società capogruppo ³⁴.

Quanto al potere di amministrazione, posto che non può negarsi ciò che costituisce l'essenza della direzione e coordinamento, vale a dire l'esercizio di influenza da parte della capogruppo, esso viene diversamente declinato e ripartito tra gli amministratori della *holding* e quelli delle società dirette. Ciascuno mantiene la propria autonomia e ciò giustifica, del resto, la regola che li vede entrambi responsabili in solido per la gestione ³⁵.

Proprio in ragione del fatto che il fenomeno non smentisce ma anzi conferma l'esclusività della gestione, esso prova la non incompatibilità tra gestione esclusiva ed esercizio di influenza sulla stessa, oltre a rappresentare l'emersione a livello normativo del principio secondo il quale chi esercita un'influenza *esterna* sulla gestione ne è anche responsabile ³⁶. Profilo questo su cui si tornerà più avanti.

1.1.2. (segue) La ratio e l'impatto dei sindacati di gestione.

a) L'esperienza nazionale.

La nuova disciplina, accogliendo le istanze di efficienza espresse nella legge delega (art. 4, co. 2, lett. b) ma tradendo, secondo autorevole dottrina, quelle che auspicavano, anche nella s.p.a., un ampliamento dell'autonomia

pianificazione propria dell'attività di direzione e coordinamento.

³⁴ U. TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, VII, 1165, nt. 15; G. B. PORTALE, A. DACCÒ, *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della controllata*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 463 ss.; A. TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale*, cit., 216 s.

³⁵ Cfr. G. GUIZZI, *sub art. 2380 bis*, cit., 83, il quale paragona questa prospettiva a quella che si realizza nell'ambito della delega delle funzioni amministrative nei rapporti tra organo delegante con funzioni di indirizzo e organo delegato con funzioni esecutive.

³⁶ Cfr. M. M. PRATELLI, *op. cit.*, 124.

statutaria (art. 4, co. 1, lett. a) ³⁷, ha profondamente modificato il sistema di ripartizione delle competenze tra gli organi sociali eliminando, almeno apparentemente, quelle zone grigie che, nel vigore del regime previgente, avevano sollevato sì tante questioni. Inoltre, proprio al fine di promuovere la specializzazione della funzione gestoria e di blindarla rispetto a qualsiasi ipotesi di interferenza esterna, il legislatore è intervenuto anche sulla disciplina degli interessi degli amministratori.

In questo sistema non sembrerebbe residuare spazio per i sindacati di gestione che, nell'opinione di una parte consistente della dottrina, ne minacciano le fondamenta mirando a sottrarre agli amministratori la competenza loro attribuita in via esclusiva e ad assegnarla a chi, esterno alla struttura di governo, non è tenuto né ad osservare doveri fiduciari né è esposto a responsabilità ³⁸.

³⁷ L'opinione è di G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 7.

³⁸ Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., passim; D. SCARPA, *Parasocialità come mezzo di controllo esterno*, cit., 1564; A. DE NICOLA, *Amministrazione della società*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, Egea, Milano, 2005, 94; G. SEMINO, *Il problema della validità*, cit., 348 ss.

Cfr. A. DELL'ORFANO nota a Cass., 24 maggio 2012, n. 8221, cit., 266 ss., il quale ribadisce che la discrezionalità degli amministratori non è soltanto relativa alla decisione ma implica l'autonomia dell'intero processo decisionale per cui l'art. 2380-bis c.c. vieterebbe qualsiasi ingerenza nella gestione; tuttavia, lo stesso A. fa salva la possibilità di degradare un patto di gestione a patto di consultazione mera.

Si vedano anche P. SCHLESINGER, *I poteri extra-assembleari dell'azionista di controllo*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 445 ss.; F. BONELLI, *Sintesi dei risultati del convegno*, cit., 481 ss., il quale ritiene nulli i sindacati in materia di gestione in ragione della inderogabilità della competenza e della responsabilità degli amministratori osservando che, al più, tali patti possono conservare un valore solo morale o essere considerati come patti di consultazione; ID., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 101; R. DABORMIDA, *Sindacati di voto e nullità*, in *Foro it.*, 1991, I, 642; P. G. JAEGER, *Il problema*, cit., 240 ss., il quale osserva che questo genere di convenzioni sono molto frequenti nella prassi; G. COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 210 ss.; A. PALMIERI, *In tema di sindacati di voto (c.d. azionari)*, in *Dir. gius.*, 1957, 137.

Osserva M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 118, che l'art. 2380-bis c.c. segnerebbe «l'evoluzione in senso manageriale della disciplina della s.p.a.» e l'incompatibilità con tale sistema di qualsiasi strumento che di fatto sottragga agli amministratori le loro competenze.

Cfr. anche A. TOFFOLETTO, *Patti parasociali e società quotate*, in AA. VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, 274 ss., il quale, a proposito di un patto parasociale di un'importante società quotata italiana, ne evidenzia i profili di invalidità ponendo l'accento proprio su quella parte del patto che attribuisce al comitato direttivo del sindacato il «potere di discutere o approfondire qualunque argomento di interesse comune o comunque attinente alla gestione della società» con la precisazione che gli orientamenti del sindacato «saranno vincolanti per tutte le parti nelle sedi societarie di competenza» (p. 274). L'A. osserva che questo tipo di convenzioni sono nulle.

Proprio questi sembrano essere i due punti di maggiore frizione tra i sindacati di gestione e il sistema di *governance* delle società per azioni. Pare, infatti, che il cuore del problema non risieda solo nel fatto che la funzione amministrativa è esclusiva e che, con i patti in parola, essa possa venire ad essere condivisa o, addirittura, sottratta all'ufficio amministrativo ma soprattutto nel fatto che alla regola *ex art. 2380-bis c.c.* fanno da contrappeso il dovere di agire diligentemente (art. 2392 c.c.) e in maniera neutrale (art. 2391 c.c.) e la regola della responsabilità esclusiva per gli atti di gestione (art. 2392 c.c.)³⁹.

L'esigenza di correlare gestione e responsabilità era, del resto, evidenziata dalla stessa legge delega per la riforma delle società di capitali che chiedeva che venissero definite «le competenze dell'organo amministrativo con riferimento all'*esclusiva* responsabilità di gestione dell'impresa sociale» (art. 4, co. 8 lett. c).

Proprio dal confronto tra tale previsione e l'attuazione che ne è conseguita e che è sfociata nel principio di esclusività *ex art. 2380-bis c.c.*, autorevole dottrina⁴⁰ ha intravisto un eccesso di delega sottolineando che il principio non ne fosse conseguenza necessaria e che appunto il legislatore si fosse limitato a chiedere un intervento chiarificatore in tema di responsabilità. Inoltre, la stessa dottrina ha osservato che l'intervento dell'assemblea in materia gestoria non valga ad esonerare gli amministratori da responsabilità atteso che agli stessi spetta, in ultimo, tanto l'attuazione (o il rifiuto di procedervi) delle deliberazioni quanto la legittimazione a farne valere l'invalidità^{41 42}.

³⁹ Cfr. M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 118.

⁴⁰ Cfr. G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 10; P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.*, cit., 543; ID., *La competenza assembleare*, cit., 11; V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 544; F. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'amministrazione e dei controlli delle s.p.a.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di D. CERRI, Plus, Pisa, 2004, 206.

⁴¹ Cfr. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 61; A. TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale*, cit., 29; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 56; V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assemblea rie gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 443.

⁴² È interessante notare che, nel diritto tedesco, dove pure è previsto che il *Vorstand* possa rimettere all'assemblea la deliberazione in ordine a degli atti di gestione, è espressamente previsto che, rispetto a tali atti, l'organo amministrativo *non* è responsabile nei confronti della società, purché si tratti di atti non invalidi (§§ 119, *Abs. 2* e 93, *Abs. 4*, *AktG*).

In merito alla regola di cui al § 119, *Abs. 2*, *AktG*, si vedano: J. HOFFMANN, § 119, in *Spindler/Stiltz Komm. z. Aktiengesetz*³, C. H. Beck, München, 2015, *Rn.* 13 ss.; F. DRINHAUSEN,

A ciò si aggiunga che il fondamento dell'autonomia degli amministratori viene storicamente declinato, tanto nella nostra tradizione giuridica quanto all'estero, in Germania in particolare, con riferimento all'interesse sociale ⁴³.

Analogamente a quanto accade da noi, la dottrina tedesca ha chiarito da tempo che il rapporto che lega il *Vorstand* ai soci non ha natura di mandato né è

§ 119, in *Hölters Komm. z. Aktiengesetz* ², C. H. Beck, München, 2014, *Rn.* 11 ss.; D. KUBIS, § 119, in *Münchener Komm. z. Aktiengesetz* ³, C. H. Beck, München, 2013, *Rn.* 18 ss.; J. KOCH, § 119, in *Hüffer Komm. z. Aktiengesetz* ¹¹, C. H. Beck, München, 2014, *Rn.* 11 ss.

In merito alla regola di cui al § 93, *Abs. 4, AktG*, si vedano: H. FLEISCHER, § 93, in *Spindler/Stiltz Komm. z. Aktiengesetz* ³, C. H. Beck, München, 2015, *Rn.* 264 ss.; W. HÖLTERS, § 93, in *Hölters Komm. z. Aktiengesetz* ², C. H. Beck, München, 2014, *Rn.* 226 ss.; J. KOCH, § 93, in *Hüffer Komm. z. Aktiengesetz* ¹¹, C. H. Beck, München, 2014, *Rn.* 37 ss.; G. SPINDLER, § 93, in *Münchener Komm. z. Aktiengesetz* ⁴, C. H. Beck, München, 2014, *Rn.* 235 ss.

⁴³ Per ragioni legate all'impostazione del presente lavoro, ci si limita a dare conto della questione per cenni e a rinviare alla dottrina autorevole che, negli anni, ha contribuito al dibattito (per l'autorevolezza dei contributi, cfr. P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1969; ID., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 812 ss.; G. FERRI, *L'interesse sociale*, in G. FERRI, *Scritti giuridici*, III, t. 1, ESI, Napoli, 1990, 213 ss.).

Più recentemente, per un ripensamento della tradizionale contrapposizione tra contrattualismo e istituzionalismo, con ampi richiami alla dottrina non solo italiana, si veda C. ANGELICI, *Le società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 90 ss., *Opera*, quest'ultima, dalla quale prendono le mosse i contributi di F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "contratto, impresa e società" nel pensiero di Carlo Angelici*, in *Giur. comm.*, 2013, III, 480 ss. e di M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dell' "istituzionalismo debole"*, ivi, 2014, I, 1 ss.

Con riferimento al tema dei patti parasociali, cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 475 ss., dove l'Autore prospetta come approccio corretto al diritto societario quella dell'«istituzionalismo debole» (p. 477); in questa prospettiva, «il fenomeno dei patti parasociali si inserisce, sul piano sociologico, in un'esperienza più generale per cui, data una certa realtà istituzionale, gli interessi coinvolti nell'istituzione tendono ad aggregarsi anche con modalità spontanee, esterne rispetto a quelle formalmente imputabili alla vita istituzionale, ma pur sempre con il fine di influire sulla vita dell'istituzione (cioè per fini che, in termini sociologici, si direbbero di «partecipazione» alla vita dell'istituzione)» (p. 478). Sul tema del diverso inquadramento della problematica della validità dei patti parasociali a seconda che si adotti un'impostazione contrattualistica o istituzionalista, si veda anche ID., *Limiti di validità dei patti parasociali*, cit., 2 ss., dove pure è ripresa la teoria dell'«istituzionalismo debole».

Per una ricostruzione del pensiero giuridico europeo e nordamericano in materia di interesse sociale, cfr. M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Giappichelli, Torino, 2006, 19 ss.

Per un approfondimento della questione della protezione dell'interesse degli *shareholders* in contrapposizione con l'impostazione tipica della maggior parte degli ordinamenti europei e volta a dare rilievo primario alla tutela dell'interesse dell'impresa, si vedano T. BAUMS, K. E. SCOTT, *Taking Shareholder Protection Seriously?*, cit., 31 ss.; sul tema controverso della *shareholders' primacy* contrapposta all'idea di funzione "sociale" della società si veda L. A. STOUT, *Bad and Not-So-Bad Arguments for Shareholder Primacy*, in *www.ssrn.com*, 2005.

ad esso assimilabile⁴⁴. Il consiglio di gestione, infatti, non sarebbe tenuto a perseguire esclusivamente l'interesse degli azionisti ma il più generale interesse della società, comprensivo dell'interesse dei soci e degli altri *stakeholders* (lavoratori, partner contrattuali *etc.*)⁴⁵. In questo senso si spiega la regola che attribuisce all'organo amministrativo la responsabilità per la gestione. E infatti, detta regola unitamente al sistema dei doveri fiduciari, consente di sanzionare l'amministratore che, negligenemente, abbia agito nell'esclusivo interesse di una parte (ad esempio, l'azionista di maggioranza), a discapito del bene della società (*das Wohl der Gesellschaft*)⁴⁶.

Cosa debba intendersi per bene o interesse sociale resta un tema tradizionalmente molto spinoso. Senza pretese di esaustività ci si limiti ad accennare al fatto che il sistema tedesco si dimostra storicamente⁴⁷ incentrato su una concezione filoistituzionalista dell'interesse sociale confermata, prima, dall'espresso richiamo contenuto nell'*AktG* del 1937 alla cura degli interessi pubblici⁴⁸, poi, con l'*AktG* del 1965, scomparso detto richiamo, dal rafforzamento del ruolo del *Vorstand* e dall'attribuzione allo stesso della gestione dell'impresa sotto la propria responsabilità e dalla "funzionalizzazione" dell'operato dell'organo amministrativo al perseguimento degli interessi dei soci, in misura più o meno paritaria rispetto all'interesse dei lavoratori e del resto

⁴⁴ Cfr. M. KORT, § 76, *cit.*, Rn. 60; C. H. SEIBT, § 76, in *Schmidt/Lutter AktG Komm.* 2, OVS, Köln, 2010, Rn. 10; U. HÜFFER, *Der Vorstand als Leitungsorgan und die Mandats sowie Haftungsbeziehungen seiner Mitglieder*, in *Aktienrecht im Wandel*, W.BAYER-M.HABERSACK, Mohr Siebeck, Tübinga, II, 2007, 334 ss., Rn. 41.

L'idea che gli amministratori siano meri mandatari dei soci è stata superata anche nel nostro ordinamento già con l'abrogazione del vecchio codice di commercio. Il riferimento alla disciplina del mandato è possibile solo ove ricorrano i presupposti per un'interpretazione analogica. Sul punto, cfr., P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza*, *cit.*, 11 ss.; M. FRANZONI, *Gli amministratori*, *cit.*, 3 ss.; P.G. JAEGER, F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale. I Impresa e società*, Giuffrè, Milano, 1994, 379 secondo i quali il compimento di atti giuridici nell'interesse dei soci rappresenta solo un aspetto della gestione della società.

⁴⁵ Cfr. M. KORT, § 76, *cit.*, Rn. 52, 52 a; C. H. SEIBT, § 76, *cit.*, Rn. 11; J. KOCH, § 76, *cit.*, Rn. 28.

⁴⁶ Cfr. P. L. DAVIES, K. J. HOPT, *Corporate Boards in Europe. Accountability and convergence*, in *AmJCompL*, 2013, vol. 61, 301 ss.

⁴⁷ M. COSSU, *Società aperte*, *cit.*, 69 ss.

⁴⁸ Il riferimento è alla c.d. "Public Welfare Clause" (§ 70 *AktG* del 1937) che fa da eco all'ideologia nazionalsocialista, cfr. H. MERKT, *Germany. Internal and external corporate governance*, in *Comparative corporate governance. A functional and International analysis*, A. FLECKNER - K. J. HOPT, Cambridge University Press, New York, 2013, 521 ss.

degli *stakeholders* ⁴⁹. Il sistema della cogestione è considerato, peraltro, un indice importante in tal senso ⁵⁰.

In Italia, la tesi dell'istituzionalismo tedesco non ha mai trovato completo accoglimento. Già alla fine degli anni Settanta autorevole dottrina osservava, tuttavia, che potesse parlarsi di un «istituzionalismo di tipo tecnocratico» ⁵¹ che, pur senza invocare interessi superiori, tendeva a valorizzare al massimo l'impresa e a identificarne l'interesse con quello della società e, di conseguenza, a recidere il rapporto tra questa e i soci.

Il dibattito intorno all'interesse sociale ha continuato ad essere molto acceso. Pur nel breve spazio concesso dall'impostazione del presente lavoro, pare interessante fare riferimento ad alcune delle considerazioni cui è approdata la dottrina più moderna che, sulla base delle mutate condizioni sociali, economiche e giuridiche dell'impresa, specie se organizzata in forma societaria, ritiene di ravvisare una “frammentazione” dell'interesse sociale che viene a moltiplicarsi almeno tante volte quante sono le istanze che possono trovare

⁴⁹ Ed invero, certa dottrina ritiene che, seppure scomparso l'espreso richiamo alla cura degli interessi pubblici, l'idea della molteplicità dell'interesse sociale resti alla base del sistema e risulti in via interpretativa dalla struttura della legge, cfr. K. J. HOPT, *Two-tier Board: Experience, Theories, Reforms*, in *Comparative corporate Governance. The State of the Art and Emerging Research*, K. J. HOPT - H. KANDA - M. J. ROE - E. WYMEERSCH - S. PRIGGE, Oxford University Press, 1998, 227 ss. Sulla concezione di interesse di impresa si vedano anche H. MERKT, *Germany*, cit., 521 ss.; H. FLEISCHER, *Handbuch des Vorstandsrechts*, C.H.Beck, Monaco, 2006, *Erster Teil*, § 1, Rn. 19 ss.; G. SPINDLER, § 76, cit., Rn. 63 ss.; J. KOCH, § 76, cit., Rn. 28 ss.

⁵⁰ Cfr. H. MERKT, *Germany*, cit., 521 ss.; G. SPINDLER, § 76, cit., Rn. 63. Inoltre, si veda K. J. HOPT, *Two-tier Board*, cit., 227 ss., il quale osserva che in Germania la contrapposizione tra *shareholders* e *stakeholders* è risalente e che il sistema di *Mitbestimmung* è una diretta derivazione della funzione svolta dall'*Aufsichtsrat* e della necessità di tutelare anche gli interessi pubblici, tra cui quelli dei lavoratori. Secondo M. ROTH, *Corporate Boards in Germany*, in *Corporate Boards in Law and Practice. A comparative Analysis in Europe*, P. DAVIES - K. J. HOPT - R. NOWAK - G. VAN SOLINGE, Oxford University Press, 2013, 253 ss., i *boards* tedeschi svolgerebbero un ruolo importante nel dibattito europeo sulla *corporate governance*. Inoltre, il sistema tedesco della cogestione, per portata e disciplina, resta unico in Europa a conferma del rilievo attribuito agli interessi degli *stakeholders*.

⁵¹ P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 45, il quale pure riteneva di respingere le tesi, che traevano ispirazione dall'esperienza americana, di netta separazione tra proprietà e controllo sul presupposto che i soci fossero solo investitori e che per esigenze legate, anche, allo sviluppo economico dovesse attribuirsi agli amministratori il controllo esclusivo dell'impresa. Al contrario, l'A. riteneva che l'intervento dei soci potesse «contribuire ad un assetto più equilibrato del potere» (p. 46).

espressione nello schema societario ⁵². L'argomento consente, forse, di guardare al fenomeno dei sindacati di gestione con occhi diversi sul presupposto della fisiologica presenza di interessi molteplici all'interno dell'impresa e della funzione di contemperamento e di verifica della conformità all'interesse sociale che è in ultimo affidata agli amministratori, in via esclusiva.

La valorizzazione della conformità all'interesse sociale e del ruolo che la legge assegna agli amministratori costituisce il punto di forza di quella dottrina che suggerisce un approccio più possibilista rispetto alla questione dell'ammissibilità dei sindacati di gestione. E ciò nel duplice senso di ritenere che *i)* tali patti *non* pongano problemi di incompatibilità con il sistema di governo societario finché essi perseguano finalità lecite, non lesive dell'interesse sociale e *ii)* che nulla vieta agli amministratori di assumere, anche in prima persona, impegni rispetto alla condotta da tenere in consiglio, purché entro il limite della conformità all'interesse sociale e ferma la loro responsabilità ove ritengano di vincolarsi a condotte antisociali ⁵³.

⁵² La considerazione, con riferimento all'ingerenza nella gestione in generale è anche di E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività". Profili in tema di responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012, 42 s. la quale richiama un'interessante pronuncia del Consiglio di Stato (20 marzo 2012, n. 1574, in *www.dejure.it*) in cui, a proposito della compatibilità tra interesse pubblico e scopo lucrativo si legge che «l'interesse sociale non ha una connotazione omogenea ed unitaria, in quanto confluiscono nell'assetto societario non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci (si pensi al socio investitore e a quello imprenditore) ma anche interessi diversi riferibili a soggetti terzi».

Cfr. sul punto P. SPADA, *C'era una volta la società*, in *Riv. not.*, 2004, 1 ss.; F. D'ALESSANDRO, *"La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *RDS*, 2003, 34 ss. e 40.

⁵³ L'opinione richiamata è di M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 500 ss. ed è meglio sviluppata in ID., *Limiti di validità dei patti parasociali*, cit..

In particolare, nel primo dei due contributi richiamati si legge a p. 501, nt. 39 che «non c'è ragione per contestare la validità dei patti partecipativi (cioè volti a influenzare, dall'esterno, le scelte degli organi sociali, ivi comprese quelle gestionali dell'organo amministrativo), purché abbiano causa lecita». Nello stesso scritto l'A. osserva che se non si ammettesse la fattispecie dei sindacati di gestione, verrebbe a mancare una delle principali ipotesi costitutive del controllo contrattuale di cui all'art. 2359, co. 1, n. 3).

Si veda anche il commento di R. TORINO a Trib. Modena, 2 dicembre 2010 (ord.) e 3 dicembre 2010 (ord.), cit., 833 ss., dove l'A. esprime un'opinione chiaramente *favorevole* all'ammissibilità dei sindacati di gestione e alla loro qualificabilità in termini di promessa del fatto del terzo.

Rispetto allo schema di cui all'articolo 1381, l'A. richiama il principio secondo il quale la promessa non è valida se ha oggetto illecito, impossibile o indeterminato. Escluso che la promessa assunta con un sindacato di gestione possa essere impossibile o indeterminata, neppure l'A. la considera illecita. Ciò che viene promesso non è la condotta degli amministratori

Peraltro, il fatto che la responsabilità degli amministratori resti ferma pare offrire un segnale opposto rispetto alla prospettiva di un depotenziamento della funzione gestoria e di un abbassamento delle tutele.

Tuttavia, nel dibattito dottrinale in tema di sindacati di gestione, la posizione appena richiamata non pare abbia ancora trovato seguito, quantomeno rispetto all'espressa ammissibilità di patti che vincolino direttamente i componenti degli organi di gestione⁵⁴.

ma la condotta del socio (consistente nel «dare le opportune e tempestive istruzioni e direttive agli amministratori nominati grazie al suo voto favorevole e, dunque, ad esso “legati” da un particolare rapporto fiduciario», p. 838). In ciò, ribadisce l'A., non sussistono profili di illiceità, in primo luogo, perché «non si rinvengono nell'ordinamento disposizioni normative che vietino *tout court* ai soci di impartire istruzioni e direttive agli amministratori» (p. 838), che restano liberi di adempiere i propri doveri in conformità con la legge e di disattendere le direttive ove esse contrastino con l'interesse sociale; in secondo luogo, perché la stessa disciplina della direzione e coordinamento offre la conferma che il fatto di impartire direttive agli amministratori (in quel caso della controllata) non è in sé illegittimo ma può comportare la responsabilità di chi le ha impartite per il pregiudizio arrecato alla società.

Inoltre, rispetto alla tesi maggioritaria che ritiene *sempre* inammissibili i sindacati di gestione, R. TORINO, *op. ult. cit.*, ritiene di potere sollevare due rilievi: *i*) la distinzione tra parasociale e sociale che, a proposito dei sindacati di voto, fa dire che il socio è sempre libero di determinarsi come crede rispetto al voto, nonostante senta la pressione di dovere rispettare il patto parasociale, vale, a maggior ragione, per i sindacati di gestione dove l'impegno è assunto dai paciscenti e non dagli amministratori e dove devono ritenersi ugualmente irrilevanti le “pressioni morali” che l'amministratore può venire a subire; *ii*) sebbene con riferimento alla fattispecie oggetto del caso in commento, l'A. osserva che esiste sempre il limite della tutela dell'interesse sociale e che il recepimento delle istruzioni potrebbe in alcuni casi garantire una piena realizzazione dell'interesse dei soci (proprio come nel caso giunto al vaglio del giudice modenese).

⁵⁴ Ma si veda quanto osservava B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati, cit.*, 21, con riferimento alla possibilità che il patto *espressamente* stabilisse che gli amministratori dovessero adeguarsi per quanto possibile, venendo ad essere garantita, in tal modo, la preminenza dell'interesse sociale.

Sebbene non riguardi un sindacato di gestione, è interessante richiamare il commento ad un lodo arbitrale reso con riferimento a un patto parasociale concluso tra una società e alcuni soci e con cui la prima si impegnava a confermare Tizio nella carica di amministratore delegato per sei anni. Il patto è oggetto del contributo di M. VENTORUZZO, *Osservazioni in tema di accordi tra società e amministratori per il conferimento di posizione come amministratore delegato*, in *Banca borsa*, 2012, IV, 551 ss. Il nodo della questione era l'ammissibilità di limiti parasociali alla discrezionalità del consiglio di gestione, intesa come libera determinazione degli organi delegati (la società adottava il modello dualistico e il patto era concluso, in nome della società, dal consiglio di sorveglianza, con profili di dubbio anche sul punto). Una delle parti in causa sosteneva che il patto fosse illecito e, quindi, nullo perché contrario alla norma imperativa che fissa in tre anni la durata massima della delega. Inoltre, ad ulteriore compressione della libertà discrezionale degli amministratori, il patto fissava a carico della società una penale significativa per il caso di inadempimento dell'obbligo assunto.

Ferme le differenze tra la fattispecie descritta e i sindacati di gestione, il richiamo pare

D'altra parte, anche in quella dottrina che giunge a negare l'ammissibilità dei sindacati di gestione, le argomentazioni richiamate sono diverse e lasciano trasparire la comune presa d'atto del fatto che, nel nuovo assetto delle società di capitali così come delineato dalla riforma del 2003, la verifica dell'ammissibilità di un patto parasociale vada condotta con riferimento alla singola tipologia di patto e al grado di tassatività e di imperatività connessa al tipo⁵⁵ o, più propriamente, al modello societario⁵⁶ di riferimento. Ne deriva che, in linea generale, tanto più flessibile è la struttura societaria maggiori saranno gli spazi di manovra riconosciuti ai patti parasociali e che, in virtù del collegamento con il contratto di società, questi "subiranno" gli stessi limiti imposti alla fattispecie societaria e saranno illeciti, nonostante la loro efficacia obbligatoria, ogni qual volta andranno a incidere su aspetti tipici e inderogabili⁵⁷.

Sullo sfondo dell'incompatibilità tra sindacati di gestione e principio di esclusività della funzione, la dottrina ha individuato, di volta in volta, profili specifici di illiceità della fattispecie. In alcuni casi, è stato posto l'accento sul fatto che i patti di gestione comporterebbero un "tradimento" e, quindi, un'alterazione del rapporto fiduciario che intercorre tra la compagine sociale e gli amministratori⁵⁸. Non sarebbe utile in tal senso l'argomento della persistente responsabilità dei componenti dell'organo amministrativo atteso che la funzione gestoria presuppone l'esercizio di un'autonomia e di una discrezionalità "piene", e cioè atte a ricomprendere tutti gli elementi necessari per formare una decisione, sebbene tra tali elementi si facciano rientrare poi

calzante sia per il profilo dell'ammissibilità di limiti parasociali alla discrezionalità degli amministratori; sia perché, pur trattandosi di un patto concluso *tra società* e soci, la prassi richiamata è quella di accordi che possono intercorrere anche tra soci; sia, infine, per la soluzione resa dagli arbitri.

Fatta salva la *dissenting opinion* di uno dei componenti del collegio, il patto veniva ritenuto valido sul presupposto che l'obbligo assunto dai paciscenti fosse quello di "impegnarsi a fare quanto in loro potere" e senza che potesse considerarsi compressa la discrezionalità dell'organo amministrativo.

⁵⁵ Sulla rilevanza del tipo come limite alla ammissibilità di certi patti parasociali, cfr. R. RORDORF, *I sindacati*, cit., 19.

⁵⁶ L'introduzione di modelli societari flessibili caratterizzati da un livello di imperatività crescente in ragione dell'apertura al mercato metterebbe in crisi lo stesso concetto di "tipo" secondo B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali*, cit., 598.

⁵⁷ Cfr. B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali*, cit., 597.

⁵⁸ Cfr. R. RORDORF, *I sindacati*, cit., 21.

anche le *direttive* provenienti dagli azionisti purché non vincolanti ⁵⁹.

Un altro profilo diffusamente richiamato è quello che attiene al conflitto di interessi permanente in cui verrebbe a trovarsi l'amministratore che si vincoli o sia influenzato da un patto parasociale, sul presupposto che anche nel secondo caso il rapporto che lega l'amministratore alla compagine parasociale (che in molti casi lo ha anche nominato) è esso stesso un rapporto fiduciario per cui il primo sarà, almeno moralmente, indotto a tutelare gli interessi della seconda, potenzialmente difforni dall'interesse sociale ⁶⁰.

Ancora, l'opacità dei processi decisionali determinata dai patti di gestione comporterebbe una diseguaglianza di trattamento tra parasoci (o terzi aderenti al patto) e soci non paciscenti perché i primi verrebbero in possesso di informazioni privilegiate precluse ai secondi, con effetti diversi in ragione del grado di apertura della società al mercato e con notevoli implicazioni anche sul piano del dovere di riservatezza ⁶¹.

Proprio questo dibattito, i cui risvolti saranno partitamente approfonditi, pare piuttosto confuso e, a fronte di una conclusione *unica* nel senso dell'inammissibilità dei patti di gestione perché illeciti, si fonda su argomenti tanto *differenti* da suggerire (e ne è esso stesso la prova) che, in effetti, non possa formularsi un giudizio unico se la fattispecie parasociale presa ad esame presenta gradi di vincolatività crescenti e se, soltanto in alcune ipotesi, può riscontrarsi un'interferenza con i principi imperativi ⁶².

Vale la pena tornare a ribadire che, a parte l'opinione richiamata sopra e che espressamente si pronuncia per un'ammissibilità dei patti di gestione senza eccezioni, una costante di tutte le altre opinioni sembra essere la distinzione tra

⁵⁹ Cfr. N. SALANITRO, *Il regime dei sindacati*, cit., 750.

⁶⁰ D. SCARPA, *Parasocialità come mezzo di controllo esterno*, cit., 1530 s., sul presupposto che, in presenza di un patto di gestione, l'amministratore non opererebbe più (o almeno non solo) come titolare di un organo ma come soggetto incaricato della corretta realizzazione del rapporto parasociale.

⁶¹ Cfr. B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali*, cit., 614 ss.; C. FONTANA, *I patti parasociali*, cit., 707 ss.

⁶² Si veda anche P. TRIMARCHI, *Strumenti*, cit., 116 il quale osserva che la responsabilità degli amministratori presuppone un'autonomia di giudizio e non tollera compressioni o l'assoggettamento a centri decisionali esterni. Tuttavia, lo stesso A. riconosce l'importanza della valutazione della vincolatività del patto osservando che mentre è certamente invalido il vincolo assunto direttamente dall'amministratore, potrebbero essere valutati in modo differente i vincoli di mero fatto o gli accordi che non importano vincoli.

impegni direttamente assunti dagli amministratori e forme di influenza altre e pare che solo rispetto ai primi ci sia una chiara presa di posizione in termini di sicura illiceità ⁶³ mentre le seconde sembrano collocarsi in un zona grigia a metà tra l'“illecito” e il “lecito a condizione che”, la quale presta il fianco ad un approccio alternativo al fenomeno dei sindacati di gestione.

Del resto, non potrebbe essere altrimenti se si pensa che è un dato di fatto che l'azionista di controllo ⁶⁴ faccia pervenire consigli, suggerimenti o perfino ordini agli amministratori, senza che questi possano invocare tale circostanza per andare esenti da responsabilità ⁶⁵.

⁶³ Ad esempio, si veda D. SCARPA, *Parasocialità come mezzo di controllo esterno*, cit., 1564, il quale ritiene nulli i patti di gestione per violazione delle norme imperative ma quando questi riducono il consiglio di amministrazione a «mero esecutore di decisioni assunte dalla compagine extrasocietaria».

⁶⁴ Cfr. P. SCHLESINGER, *I poteri extra-assembleari*, cit., 448, sulla base di considerazioni svolte con riferimento al fenomeno dei gruppi e dell'allora “direzione unitaria”, ma ricche di spunti di carattere generale utili anche oltre tale tema.

Sebbene la riflessione sia svolta con riferimento precipuo al modello dualistico e alla gestione delle banche, interessante quanto osserva A. TUCCI, *Il ruolo dei soci*, cit., 457, sui patti parasociali che comportano delle interferenze nella gestione: «L'esistenza di un rapporto fiduciario tra *assemblea* e *consiglio di amministrazione* non inficia il fondamentale principio della *autonomia* del secondo nella gestione dell'impresa, da ultimo enfaticamente ribadito dall'art. 2380-bis (con norma richiamata anche per il consiglio di gestione (art. 2409-novies). Non è dunque nel legame «formale» tra assemblea e amministratori che può essere ricercato il fondamento della validità dei sindacati di gestione nel «modello tradizionale» - ché, anzi, argomentando da quel principio si dovrebbe, probabilmente, pervenire all'opposta conclusione, se è vero che il sindacato di gestione si pone, per definizione, al di fuori del «circuito democratico» dell'assemblea - ma, semmai, dall'effettivo dispiegarsi del «principio plutocratico» che informa le società di capitali, nelle quali sarebbe velleitario negare l'influenza «di fatto» del socio di controllo, ferme restando le regole che sanciscono la responsabilità dei gestori; responsabilità che, peraltro, è *esclusiva* rispetto all'assemblea, ma non anche rispetto all'influenza extrassembleare del socio di controllo».

⁶⁵ Cfr. G. CABRAS, *La forma di impresa. Organizzazione della gestione nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 1995, 98, il quale osservava che «i soci di comando normalmente orientano, con consigli ed indicazioni di carattere confidenziale, l'operato degli amministratori: ciò avviene, però, senza che vi sia un diritto dei soci ad impartire direttive e, correlativamente, un obbligo degli amministratori di conformarsi ad esse». Nello stesso senso, ma con riferimento specifico agli amministratori di impresa appartenente al gruppo, B. LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 598, secondo il quale «suggerimenti possono essere dati ma l'amministratore della controllata è libero - almeno in teoria - di accettarli o meno, sicché se li accetta, opera come se quelle scelte fossero sue e per scelte esclusivamente sue».

Interessante la prospettiva suggerita da R. SACCHI, *La partecipazione dei soci*, cit., 199, il quale a proposito della circostanza per cui il socio di controllo è solito emanare delle direttive, sottolinea l'opportunità di mantenere degli spazi formalizzati di confronto tra soci nei quali anche le direttive del socio di controllo possano trovare espressione in modo trasparente. Sul punto lo stesso A. richiama la pronuncia del Trib. Milano, 12 settembre 1995, in *Giur. comm.*,

Atteso che le esigenze della pratica non sono in sé sufficienti a giustificare eccezioni alle regole giuridiche, occorre ricercare un punto di equilibrio e comprendere se è opportuno (o meglio lecito e meritevole di tutela) che una parte dei soci o anche l'intera compagine sociale o un terzo si accordino su un piano parallelo ma collegato a quello sociale e influenzino l'attività gestoria, senza vincolarla o, eventualmente, anche vincolandola ⁶⁶.

Non è ancora il momento per tentare di sciogliere questo nodo, ma si proverà di seguito a completare l'opera di ricostruzione delle questioni giuridiche poste dalla conclusione dei sindacati di gestione e, per il loro tramite, degli aspetti salienti del dibattito che li concerne, prendendo le mosse da un approfondimento di alcune delle esperienze straniere più significative.

b) La prospettiva comparatistica.

Le implicazioni del modello dualistico e l'esperienza tedesca della Aktiengesellschaft.

Il problema della contrapposizione tra esclusività della funzione gestoria e ammissibilità di un'influenza sulla stessa non si pone soltanto rispetto al caso in cui il vincolo riguardi direttamente l'organo amministrativo ma anche quando, in ragione della struttura organizzativa prescelta, tale influenza può esercitarsi indirettamente per il tramite dell'organo di controllo, intermedio - per composizione e per funzioni - tra i soci e l'organo gestorio.

È questo quanto può avvenire nell'ambito della AG di diritto tedesco o

1996, II, 827 ss. sul caso FINGEM/Montedison.

⁶⁶ È di grande interesse richiamare quasi interamente il punto di vista messo a fuoco da TULLIO ASCARELLI (*In tema di sindacati azionari, cit.*, 550 ss.) a proposito della contrapposizione tra esigenze della pratica e ragioni del diritto, tradizionalmente invocata quando ci si confronta con fenomeni ampiamente diffusi nella prassi e, perciò, "utili" ma sconosciuti al diritto. I patti parasociali sembrano essere paradigmatici in tal senso. Sebbene le considerazioni di Ascarelli riguardassero i sindacati di voto, pare opportuno richiamarle in questa sede anche perché i sindacati di gestione occupano, per certi versi, lo stesso posto che era dei sindacati di voto al tempo in cui Ascarelli scriveva e per gli anni a seguire fino a che non venne riconosciuta la validità.

L'A. osservava a p. 555 che «non è possibile considerare il diritto comune fuori dalla storia come dispiegamento di eterni principi, né ravvisare una immediata e contrastante normatività dei fatti economici. Il contrasto non verte mai tra «principi logici» e «esigenze economiche», ma tra diverse valutazioni che si ammantano spesso di «logiche» quando tradizionali e rivendicano il proprio economicismo quando innovatrici».

delle società per azioni di diritto italiano che adottano il modello dualistico ⁶⁷.

Se in questi casi possa ancora parlarsi di “sindacati di gestione”, almeno per l’ordinamento italiano dove questa locuzione è in uso, dipende in larga parte dalla attinenza del fenomeno a quello dell’eterogestione in senso ampio e dalla comunanza di questioni giuridiche ed, eventualmente, di soluzioni interpretative.

La risposta al quesito è positiva nella misura in cui la previsione di un vincolo a carico di uno o più dei componenti dell’organo di controllo spiega i suoi effetti *indiretti* sull’organo di gestione, in ragione degli assetti strutturali propri del modello dualistico. Identica è, pertanto, la *ratio* di tali patti o vincoli rispetto a quelli “di gestione” in senso tradizionale, consistenti nell’esercizio di un’influenza diretta sull’organo amministrativo.

Cominciando dall’ordinamento tedesco, si tenga presente che determinati tipi di operazioni di carattere gestorio, individuati dall’atto costitutivo o dall’*Aufsichtsrat*, possono essere compiuti solo con l’approvazione di quest’ultimo (controllo c.d. forte, § 111, *Abs. 4, AktG*).

Peraltro, il riferimento a questa regola è importante per due ordini di ragioni.

In primo luogo, vi si potrebbe ravvisare un indice normativo a favore della *non* incompatibilità tra affidamento in via esclusiva della funzione amministrativa e forme incisive di intervento da parte dell’organo di controllo, diretta espressione dei soci ⁶⁸.

In secondo luogo, come accennato, essa consente di comprendere come mai si sia posta nella dottrina tedesca, come pure in seno alla dottrina nazionale per quelle società che adottano il modello dualistico ⁶⁹, la questione della configurabilità di un’influenza sull’attività del *Vorstand* attraverso la nomina

⁶⁷ Eventuali vincoli a carico del collegio sindacale di una società che adotti il modello tradizionale sarebbero certamente incompatibili con la natura della funzione e con i doveri dell’organo che non ammette alcuna limitazione. In questo senso già G. COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 215; L. FARENZA, *I contratti parasociali*, cit., 353.

⁶⁸ Fermo restando che tale possibilità non è rimessa alla libera contrattazione delle parti ma è ammessa entro i confini previsti dalla legge e che, in ogni caso, non sarebbe in sé un argomento valido per giustificare qualsiasi intromissione nella funzione gestoria.

⁶⁹ Cfr. G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 63 ss.; A. TUCCI, *Il ruolo dei soci*, cit., 458 ss.

dei membri del consiglio di sorveglianza⁷⁰.

Anche in questo caso, la dottrina tedesca ha ravvisato limiti piuttosto stringenti. Da una parte, varrebbero per i patti che intendono vincolare l'*Aufsichtsrat* le stesse considerazioni svolte riguardo ai vincoli a carico del *Vorstand*. Il sistema legale di ripartizione delle competenze non ammetterebbe interferenze da parte di soci o terzi sull'attività degli organi sociali ⁷¹ ⁷². A questi

⁷⁰ La relazione al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 (in *RDS*, 2003, I, 112 ss.) pone al centro del sistema dualistico di amministrazione e controllo il consiglio di sorveglianza (pp. 125 ss.). Rispetto a tale dato, G.B. PORTALE, *Il modello dualistico*, cit., 40, significativamente rileva che anche nei Paesi in cui il modello è più fortemente radicato (Germania e Austria) la funzione dell'*Aufsichtsrat* resta «un problema irrisolto della gestione dell'impresa».

⁷¹ Cfr. C. H. SEIBT, § 76, cit., Rn. 10, il quale espressamente esclude l'ammissibilità di direttive *vincolanti* che abbiano l'effetto di esautorare il *Vorstand* dalla *Leitung* e provenienti, indifferentemente, dall'assemblea generale, dal consiglio di sorveglianza, da un grande azionista o da un terzo (ad esempio un investitore). Si vedano pure, J. KOCH, § 76, cit., Rn. 8, 9; H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, cit., Rn. 44; D. KUBIS, § 119, cit., Rn. 22.

Si noti, per inciso, che questa disposizione non è riprodotta nella disciplina nazionale del modello dualistico in cui è soltanto possibile che lo statuto riservi alla competenza del consiglio di sorveglianza le deliberazioni su operazioni strategiche e piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di quest'ultimo (art. 2409 *terdecies*, co. 1, lett. f-bis).

⁷² Una variabile di cui bisogna tenere conto quando si guarda al modello tedesco di *governance* delle società azionarie, e alla quale ci si limita a fare un cenno in questa sede, è l'elemento della cogestione (*Mitbestimmung*), ove prevista dalla legge.

In sintesi, si ricorda che il sistema della cogestione è stato introdotto in Germania con la legge del 21 maggio 1951 per le imprese minerarie e di estrazione del carbone e dell'acciaio (*Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie - MontanMitbestG*). Detta legge, successivamente modificata, introduceva la cogestione c.d. paritaria in virtù della quale la metà dei membri del consiglio di sorveglianza veniva nominata dai lavoratori. Il sistema è stato successivamente esteso a tutte le società per azioni e le società a responsabilità limitata con più di 2000 dipendenti con la legge sulla cogestione del 4 maggio 1976 (*Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer - MitbestG*) e, successivamente, nel 2004 con la legge sulla partecipazione dei lavoratori al consiglio di sorveglianza nella misura di un terzo (*Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat - DrittelbG*). Il sistema attuale prevede: *i*) la cogestione paritaria per tutte le società con più di 2000 dipendenti; *ii*) la partecipazione nella misura di un terzo dei componenti del consiglio di sorveglianza per le società con più di 500 dipendenti (ma meno di 2000). Una serie di altre società, espressamente previste dalla legge, sono escluse dal sistema (*i.e.* società per azioni familiari, società c.d. di tendenza *etc.*).

Il coinvolgimento indiretto dei lavoratori nella funzione di controllo del consiglio di sorveglianza e la compartecipazione di questi, tramite i loro rappresentanti, alla definizione delle linee strategiche della gestione potrebbe blindare ulteriormente il sistema legale di ripartizione delle competenze. Sul punto si vedano, K. J. HOPT, *Two-tier Board*, cit., 227 ss., osserva come l'effetto del sistema sia anche quello di ridurre la discrezionalità dell'organo amministrativo e di renderne la funzione meno flessibile. Nello stesso senso cfr. P. L. DAVIES, K. J. HOPT, *Corporate Boards in Europe*, cit., 301 ss.

argomenti se ne aggiungono altri specifici, qualora il patto parasociale intenda vincolare il consiglio di sorveglianza riguardo la nomina dei componenti del consiglio di gestione. Questo vincolo sarebbe nullo, infatti, per violazione del § 84 *AktG* che attribuisce al consiglio di sorveglianza la competenza a nominare i membri del consiglio di gestione e del § 111, *Abs. 5, AktG*, che vieta ai membri dell'*Aufsichtsrat* di delegare le proprie funzioni, dovendosi intendere tale divieto esteso a qualsiasi forma di cessione (o condivisione) di poteri a favore dei soci o di terzi ⁷³.

Nella prassi, potrebbe ipotizzarsi un patto dal quale derivi una mera influenza di fatto sul consiglio di sorveglianza, specie con riferimento alla funzione di controllo c.d. “forte”. In questo caso, i soci paciscenti si limiterebbero a impegnarsi tra loro, e senza un obbligo giuridico preciso a carico di un membro del consiglio di sorveglianza, a fare il possibile per esercitare la loro influenza sull'*Aufsichtsrat* e, mediatamente, sull'attività di gestione del *Vorstand* ⁷⁴. Ad esempio, i paciscenti potrebbero esercitare pressioni rispetto al potere del consiglio di sorveglianza di prevedere che certe operazioni siano compiute con la propria approvazione ex § 111, *Abs. 4, AktG* ⁷⁵.

Queste ipotesi ‘deboli’ di vincoli indiretti così come quelle di vincoli di pari intensità a carico dell'organo gestorio, rintracciabili anche nel diritto italiano, non sembrerebbero sollevare particolari problemi, atteso che l'organo sociale resterebbe libero di adottare in piena autonomia la propria decisione, di cui, peraltro, sarebbe responsabile.

La previsione di vincoli (parasociali) sulla funzione amministrativa, infatti, dovrebbe fare i conti con un sistema “a tre” in cui all'organo funzionalmente preposto all'amministrazione della società si affianca un organo di controllo, che è chiamato ad approvare alcune operazioni gestorie (§ 111 *Abs. 4, AktG*) e al cui interno siedono i rappresentanti eletti dai soci e, nelle società di maggiore dimensione, i rappresentanti dei lavoratori.

⁷³ Cfr. J. KOCH, § 84, in *Hüffer Komm. z. AktG* ¹¹, C. H. Beck, Monaco, 2014, *Rn. 5*; G. SPINDLER, § 84, in *Münchener Komm. z. AktG* ⁴, C. H. Beck, Monaco, 2014, *Rn. 14*; H. FLEISCHER, § 84, in *Spindler/Stilz Komm. Z. AktG* ², C. H. Beck, Monaco, 2010, *Rn. 10*; H. BAUMANN, W. REIß, *Satzungsergänzende, cit.*, 192. Sui limiti della discrezionalità di scelta dei membri del *Vorstand* da parte dell'*Aufsichtsrat* cfr. H. J. MERTENS, A. CAHN, § 84, in *Kölner Komm. z. AktG*, Heymanns, Köln, 2010, *Rn. 8*.

⁷⁴ Cfr. C. GROß-BÖLTING, *Gesellschaftervereinbarungen, cit.*, 244.

⁷⁵ Tuttavia, questa possibilità potrebbe avere un vantaggio concreto ridotto tenuto conto che già la legge prevede una riserva di voto a favore dell'assemblea dei soci qualora il consiglio di sorveglianza neghi la sua approvazione.

Come anticipato, il tema dell'incidenza dell'adozione del sistema dualistico di amministrazione e controllo sulla diffusione dei sindacati di gestione non è sconosciuto alla dottrina italiana ⁷⁶. Vi è infatti chi ritiene che, in questo caso, l'utilità residua della pattuizione parasociale sarebbe scarsa atteso che l'area di competenza dell'assemblea è notevolmente ridotta rispetto al modello tradizionale e il consiglio di gestione, al cui interno potrebbero sedere i soci, già dispone, per legge, di competenze che ne consentono un coinvolgimento nella gestione (art. 2409-terdecies, co. 1, lett. f-bis), c.c.) ⁷⁷.

Tuttavia, se ciò può in parte valere per i patti sul voto, ma anche rispetto a questi potrebbero immaginarsi accordi altrettanto "utili" su nomina, revoca e responsabilità dei componenti del consiglio di sorveglianza ⁷⁸, non dà conto, invece, dell'enorme importanza che i patti che consentono di esercitare un'influenza diretta svolgono anche quando il destinatario di tale influenza non sia l'organo di gestione ma l'organo di controllo ⁷⁹. In questo caso il

⁷⁶ Cfr. G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 63 ss.; A. TUCCI, *Il ruolo dei soci*, cit., 458 ss.; AA. VV., *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, a cura di M. CERA -G. PRESTI, AGE, 2007, 225, 228 s.

⁷⁷ Cfr. AA. VV., *Banche e sistema dualistico*, cit., 228 s. dove si legge che uno dei principali vantaggi dell'adozione del sistema dualistico consiste nel «togliere giustificazione (per non dire, l'alibi) alla prassi dei patti parasociali, in particolare di quelli c.d. di gestione, il cui effetto ultimo consiste nella dissociazione tra momenti reali e sedi formali di esercizio del potere».

L'importanza della questione se il modello dualistico importi una limitazione dell'autonomia privata anche in sede parasociale è messa in evidenza da A. TUCCI, *Il ruolo dei soci*, cit., 445.

⁷⁸ Osserva G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 63 ss., che anche rispetto ai patti di voto o ai patti di consultazione è «lecito nutrire dubbi» in ordine al fatto che l'estensione delle competenze del consiglio di sorveglianza consentirebbe di giungere ai medesimi risultati dei patti parasociali. E ciò perché, nonostante tale estensione, alcune materie ne restano escluse; inoltre, all'interno dell'organo di controllo siedono anche azionisti di minoranza o azionisti "indipendenti" per cui potrebbe persistere la necessità di un accordo tra una rappresentanza più ristretta e qualificata della compagine sociale; infine, spesso nel consiglio di sorveglianza siedono terzi esperti non soci, nel qual caso potrebbe esserci l'esigenza dei soci di accordarsi a livello parasociale.

⁷⁹ Sulla possibile interazione tra statuto e patti parasociali si veda A. TUCCI, *Il ruolo dei soci*, cit., 458 s. il quale osserva testualmente che «rispetto al problema «classico» dei sindacati di gestione, l'adozione del modello dualistico potrebbe offrire l'opportunità di trasferire sul piano sociale pattuizioni che, nel sistema «tradizionale» sono, in genere, ospitate nei patti parasociali, ad esempio intervenendo sulla composizione e sulle prerogative del consiglio di sorveglianza, che, allora, verrebbe a svolgere, per certi aspetti, un ruolo non troppo dissimile da quello riservato ai tradizionali Comitati Direttivi nei patti parasociali a struttura associativa. In altri termini, sarebbe lo statuto a disciplinare le forme di «interferenza» nella gestione, da parte dell'organo nel quale siedono i fiduciari dei soci, mentre il patto parasociale regolerebbe la

coordinamento tra parasoci e il rapporto tra questi e l'organo gestorio si realizzerebbe in via mediata, attraverso la consultazione degli aderenti al patto in ordine alle operazioni strategiche sulle quali è chiamato a deliberare il consiglio di sorveglianza a norma dell'articolo 2409-*terdecies*, lett. f-*bis*, c.c.

Come testimoniato dall'esperienza tedesca, nulla vieterebbe di adattare anche a questa ipotesi lo schema della promessa del fatto del terzo al cui interno, come si è visto, certa dottrina riconduce i sindacati di gestione. "Terzo" sarebbe in questo caso il consigliere di sorveglianza e anche rispetto a questo potrebbero svolgersi le medesime considerazioni svolte per l'amministratore: il sindacato di gestione non necessariamente vincola il componente dell'organo sociale ad agire in conformità delle direttive ricevute ma questi resta, di regola, giuridicamente libero - sempre sul piano sociale, spesso anche su quello extrasociale - di determinarsi e di agire in modo diligente nel perseguimento dell'interesse della società ⁸⁰.

Analogamente a quanto visto per l'*Aktiengesellschaft*, anche per la dottrina nazionale resta preclusa ai consiglieri di sorveglianza la possibilità di assumere nei confronti di soci o terzi obblighi aventi ad oggetto la propria condotta nell'esercizio delle loro funzioni. Ne deriva che, nel caso in cui il consiglio sia costituito da azionisti, questi stessi non potranno in via parasociale impegnarsi a tenere una certa condotta ⁸¹.

Tornando all'ordinamento tedesco e per ragioni di completezza, deve darsi conto della possibilità di nominare comitati consultivi formati da soci (*Beirat* o *Aktionärsausschüsse*) ⁸². La costituzione di tali comitati, che può essere prevista

selezione dei soggetti destinati a far parte del consiglio di sorveglianza e il «raccordo» coi proprietari, in ordine alle decisioni di maggiore rilevanza».

⁸⁰ Osserva G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 66 che «viene spontaneo allora pensare che momenti importanti della vita sociale, quali la nomina, la revoca e il compenso dei gestori, così come l'approvazione di piani ed operazioni di cui alla lett. f-*bis*) dell'art. 2409-*terdecies* c.c., potrebbero essere (e probabilmente spesso saranno) oggetto di disciplina all'interno di patti di sindacato alla stregua di altrettante promesse del fatto dei terzi componenti il consiglio di sorveglianza».

⁸¹ Fatte salve le considerazioni in termini di incentivo alla formazione di organi costituiti da terzi esperti svolte sul punto da G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 67.

⁸² Sulla impossibilità di creare altri organi con la qualità di "Vorstand", cfr. M. KORT, § 76, cit., Rn. 14, il quale chiarisce che una società per azioni non può essere priva di consiglio di gestione né avere più di un organo deputato alla gestione.

anche dallo statuto⁸³, chiaramente esula dal tema oggetto del presente lavoro ma rappresenta un utile indice di ciò che la legge tedesca consente (forme deboli di influenza che non interferiscano con la discrezionalità degli organi sociali⁸⁴) e di ciò che, invece, vieta (costituzione di vincoli giuridici capaci di scardinare il sistema legale di ripartizione delle competenze).

Qualora la costituzione di un comitato consultivo “di fatto” fosse prevista in un accordo parasociale, potrebbe aversi un’alterazione della ripartizione delle competenze, per la quale si riproporrebbero le considerazioni svolte finora⁸⁵.

Peraltro, gli argomenti sin qui richiamati varrebbero indifferentemente sia nel caso in cui l’accordo parasociale ricorra solo tra alcuni sia nel caso in cui vi partecipino *tutti* i soci.

Qualora, invece, un membro del consiglio di gestione partecipasse direttamente all’accordo, verrebbero in rilievo due profili ulteriori.

Ancora nell’ordinamento tedesco, da una parte, vi è chi osserva che ammettere la conclusione di patti parasociali da parte di membri degli organi societari vorrebbe dire ricondurre il patto allo schema del contratto con effetti pregiudizievoli per il terzo (*i.e.* la società). E infatti, l’impegno assunto dall’organo sociale si estenderebbe alla società che l’organo rappresenta, con evidenti (ulteriori) profili di invalidità⁸⁶. Quindi, il patto, in ogni caso invalido

⁸³ Si tratterebbe in questo caso di un completamento dello statuto ammesso dal § 23, *Abs. 5, AktG*. Cfr. sul punto, K. J. HOPT, M. ROTH, § 95, in *Großkomm. z. AktG*, De Gruyter, Berlino, 2015, *Rn.* 41; V. RÖHRICHT, § 23, *cit.*, *Rn.* 190; J. KOCH, § 23, in *Hüffer Komm. z. Aktiengesetz*¹¹, C. H. Beck, München, 2014, *Rn.* 38; C. H. SEIBT, § 23, *Schmidt/Lutter AktG Komm. 2*, OVS, Köln, 2010, *Rn.* 57; A. PENTZ, § 23, *cit.*, *Rn.* 152.

⁸⁴ La costituzione di un organo consultivo del tipo descritto nel corpo del testo non vincola gli organi sociali a farvi ricorso. Al contrario, sarebbe inammissibile un obbligo a carico del *Vorstand* di consultare il *Beirat* prima del compimento di un atto di gestione. Così pure rispetto all’attività del consiglio di sorveglianza, a carico del quale non potrebbero sorgere obblighi di notizia a favore del comitato né un generale obbligo di ricorrere ad una consulenza generale e continuativa dello stesso, pena la violazione del già richiamato § 111, *Abs. 5, AktG*.

Cfr. C. H. SEIBT, § 76, *cit.*, *Rn.* 5.

⁸⁵ Cfr. P. HOMMELHOFF, W. TIMM, *Zur Zulässigkeit von Beiräten bei Aktiengesellschaften*, in *AG*, 1976, 330 ss.; V. VOORMANN, *Der Beirat im Gesellschaftsrecht*², Heymanns, Köln, 1990, 54. Nel senso dell’inammissibilità del coinvolgimento del *Beirat* nelle decisioni del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione, cfr. K. J. HOPT, M. ROTH, § 95, *cit.*, *Rn.* 43, 45; U. IMMENGA, *Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats*, in *ZGR* 1977, VI, 249 ss. *Contra* in giurisprudenza, cfr. LG Köln, 13 luglio 1976, in *AG*, 1976, 329, 330 (let. b).

⁸⁶ Cfr. U. EHRICKE, *Schuldvertragliche Nebenabreden zu GmbH-Gesellschaftsverträgen*, *Rechts und Wirtschaft*, Heidelberg, 2004, 54, secondo cui violerebbe, tra l’altro, il principio

per contrasto con il § 76 *AktG*, lo sarebbe a maggior ragione ove vi partecipasse direttamente un membro del consiglio di gestione.

D'altra parte, ove un membro dell'organo sociale fosse al contempo azionista e parte di un patto parasociale, si osserva che, in questo caso, i due piani potrebbero restare distinti. In altre parole, potrebbe legittimamente accadere che un amministratore, che sia anche socio, partecipi al patto soltanto in tale veste⁸⁷. In questo caso, il membro del consiglio di gestione (o del consiglio di sorveglianza) non sarebbe soggetto, nell'ambito della propria funzione, alla disciplina pattuita in seno al sindacato e neppure potrebbe incorrere nell'applicazione delle sanzioni corporative per la violazione del dovere di diligenza, previste dal § 93, *Abs. 2, AktG*⁸⁸.

Tornando alla *Leitung*, ciò che appare interessante è che anche nel diritto tedesco, in termini analoghi a quanto accade nel nostro, l'esclusività o, più esattamente, l'intangibilità della funzione gestoria si giustifica perché esclusiva è la responsabilità per la stessa e imperative le norme che ne regolano l'attribuzione. I casi di esonero del *Vorstand* dall'obbligo risarcitorio sono limitati e costituiscono l'eccezione (si è già richiamata la regola *ex* § 93, *Abs. 4, AktG*) mentre la regola è che il consiglio di gestione debba agire con la diligenza specifica di un ordinato e coscienzioso gestore (*die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*)⁸⁹ per il bene della società (*zum Wohle der Gesellschaft*) ai sensi del § 93, *Abs. 1, AktG*⁹⁰.

della relatività del rapporto obbligatorio (letteralmente, l'A. osserva che sarebbe assurdo escludere un effetto vincolante per la società se l'accordo vincola i suoi organi). La corte suprema tedesca ha sancito il principio della separazione tra piano sociale e piano parasociale (c.d. *Trennungsprinzip*), cfr. *BGH*, 24 novembre 2008, II ZR 116/08, in *NJW*, 2009, 669 ss.

⁸⁷ Questo secondo profilo non pare che sollevi particolari problemi ed esula dal tema oggetto del presente contributo atteso che il vincolo parasociale non riguarderebbe la gestione ma l'esercizio dei diritti connessi alle azioni.

⁸⁸ Considerazioni queste svolte anche in seno alla dottrina italiana ma che non impedirebbero di configurare un patto illecito ove questo riguardasse la gestione perché il rischio di incorrere in responsabilità per il mancato adempimento degli obblighi personalmente assunti pregiudicherebbe la neutralità dell'amministratore. Sul punto, cfr. G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, *cit.*, 66.

⁸⁹ Cfr. H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, *cit.*, *Rn.* 52, i quali escludono l'ammissibilità di accordi personali tra un membro del *Vorstand* e un terzo perché, in linea di principio, incompatibili con i doveri fiduciari che gravano sull'organo amministrativo.

⁹⁰ Cfr. C. H. SEIBT, § 76, *cit.*, *Rn.* 10; T. BÜRGERS, A. ISRAEL, § 76, in *Bürgers/Korber Komm. z. AktG*³, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, *Rn.* 13.

Quanto al rapporto con l'assemblea generale, può brevemente osservarsi che questa può deliberare su questioni attinenti alla gestione solo su richiesta del *Vorstand* (§§ 119, *Abs. 2, AktG*)⁹¹. Come in Italia, il ruolo di governo dei soci nell'ambito della *Aktiengesellschaft* di diritto tedesco risulta molto limitato ed è espressione di un sistema c.d. orizzontale di ripartizione delle competenze che non ammette interferenze tra organi⁹². Ciononostante, come si vedrà⁹³, si ritiene ormai acquisito al diritto tedesco il principio secondo cui esiste una competenza non scritta dell'*Hauptversammlung* rispetto a materie fondamentali, perché attinenti a modifiche strutturali della società⁹⁴. Peraltro, di competenze implicite si è parlato anche in seno alla dottrina italiana sia pre- che post-riforma con interessanti risvolti sia sul piano generale dei rapporti con l'organo amministrativo sia su quello specifico dell'ammissibilità di sindacati di gestione⁹⁵.

La funzione gestoria nelle esperienze di common law.

Rispetto ai sistemi di *common law*, si è già osservato che la maggiore flessibilità della struttura societaria e le caratteristiche del sistema economico incidono sulla frequenza del ricorso ai patti parasociali. Sebbene circoscritto prevalentemente alle società chiuse, il fenomeno è ravvisabile nella prassi⁹⁶. In

⁹¹ Dal principio di tipicità (*Satzungsstrenge*) del contenuto dello statuto (§ 23, *Abs. 5, AktG*) deriva che è vietato introdurre clausole che riservino atti di gestione alla competenza dell'assemblea. Per un maggiore approfondimento del principio e delle sue implicazioni, si vedano: J. KOCH, § 23, *cit.*, *Rn.* 34 ss.; A. PENTZ, § 23, *cit.*, *Rn.* 148 ss.; P. LIMMER, § 23, in *Spindler/Stilz Komm. z. Aktiengesetz* 3, C. H. Beck, München, 2015, *Rn.* 28 ss.; D. SOLVEEN, § 23, *cit.*, *Rn.* 29 ss.

⁹² Cfr. M. KORT, *Vorbemerkungen vor § 76, cit.*, *Rn.* 8 ss., il quale osserva come il passaggio dall'*Aktiengesetz* del 1937 a quello del 1965 abbia segnato, anche storicamente, un rafforzamento dei poteri del *Vorstand*. È preclusa all'assemblea generale la possibilità di influire *direttamente* sul consiglio di gestione sebbene sia possibile, di fatto, un'influenza *indiretta* attraverso i membri del consiglio di sorveglianza (revocabili *ex § 103 AktG*). Sulla chiara delimitazione delle sfere di competenza reciproca, cfr. anche C. H. SEIBT, § 76, *cit.*, *Rn.* 11.

⁹³ Si rinvia a quanto osservato nel par. 1.3 del presente capitolo.

⁹⁴ Queste circostanze non varrebbero, però, ad esonerare il *Vorstand* da responsabilità come invece accade nelle ipotesi previste dal § 93, *Abs. 4, AktG*.

⁹⁵ Cfr. A. TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale, cit.*, 2003, *passim*.

Per un maggiore approfondimento della tematica delle competenze implicite dell'assemblea in materia gestoria nel diritto italiano si veda quanto osservato ai paragrafi 1.1, 1.2. e 1.3 del presente capitolo.

⁹⁶ Per il diritto inglese, osservano K. REECE THOMAS, C. L. RYAN, *The law and practice of Shareholders' Agreements* 3, LexisNexis, London, 2009, 54, che gli *shareholders' agreements*

merito agli *shareholders' agreements* che hanno l'effetto di limitare la discrezionalità dei membri del *board*, il trattamento che essi ricevono e il grado di diffusione che se ne registra, rispettivamente nei sistemi inglese e statunitense, risente della concezione della funzione gestoria e delle caratteristiche del tessuto economico in cui le imprese si trovano ad operare in questi due ordinamenti.

Per quanto concerne il sistema inglese la questione della riconoscibilità in capo al *general meeting* della società del potere di indirizzare l'attività dei *directors* ⁹⁷ è stata a lungo oggetto di discussione. In linea di principio, anche prima dell'emanazione del *Companies Act*, si riteneva che il potere degli amministratori fosse libero da interferenze dell'assemblea ⁹⁸. Questo principio, consolidatosi in via giurisprudenziale, trova oggi conferma nel *Companies Act* del 2006 (di seguito CA 2006) ⁹⁹.

In sintesi, il CA 2006 dispone alla *section* 173 il dovere degli

costituiscono uno strumento impiegato non solo nelle imprese a conduzione familiare (c.d. *quasi-partnership*) ma anche nell'ambito di operazioni di *joint venture* o *venture capital*. In questi casi uno dei principali oggetti degli accordi è l'esercizio del voto in seno al *general meeting* o il riconoscimento di diritti di controllo o di influenza sul *management*.

Per uno sguardo d'insieme della materia con riferimento anche al panorama della legislazione europea, si veda M. ANDENAS, *Shareholders' Agreements, cit.*, 135 ss.

⁹⁷ Nel sistema inglese l'ufficio amministrativo è generalmente ripartito, nella prassi, tra *directors* e *managers* (o *managing directors* o *chief executives*) in ragione della distinzione delle materie di competenze dell'organo tra questioni di alta gestione e altre c.d. di *day-to-day management*. Di questa distinzione terminologica, tuttavia, non vi è traccia nel CA 2006 o nei modelli di *articles* ad esso allegati dove, più in generale, si conferisce agli amministratori il potere di delegare alcune delle proprie funzioni. Cfr. AA. VV., *Boyle & Birds' Company Law* ⁹, Jordan Publishing Ltd., Bristol, 2014, 574 s.

L'organizzazione della struttura societaria in punto di divisione dei poteri tra *board* e *shareholders* così come tra il primo e il *management* non è prevista dalla legge neppure per le società quotate per le quali, però, trova applicazione, secondo il meccanismo del *comply-or-explain* il *Corporate Governance Code* che, nella sua ultima versione, prevede un sistema di regole in merito alla composizione dell'organo amministrativo e alla ripartizione delle funzioni di *supervisory* e di *management* al suo interno. Per un maggiore approfondimento si veda P. DAVIES, *Corporate Boards in the United Kingdom, cit.*, 714 ss.

⁹⁸ Cfr. AA. VV., *Boyle & Birds', cit.*, 571 ss. Si noti, però, che, nel caso in cui i *directors* non raggiungano l'accordo in ordine a determinate materie (per mancato raggiungimento del *quorum* o per controversie insorte all'interno dell'organo), il *general meeting* può "sostituirsi" ad essi così come ha il potere di ratificare atti compiuti in eccesso o in abuso di potere.

Sui rapporti tra *board* e *shareholders*, cfr. P. L. DAVIES, *Gower and Davies' Principles, cit.*, 14 - 1 ss. (367 ss.).

⁹⁹ Il testo aggiornato del *Companies Act* del 2006 con i relativi allegati è reperibile sul sito www.legislation.gov.uk.

amministratori di esercitare un giudizio indipendente ma che tale dovere non è violato se il *director* agisce secondo quanto stabilito in un accordo al quale ha aderito la società o che è stato autorizzato. A ciò si aggiunga che i *Model Articles* allegati al CA 2006 dispongono, ugualmente per le *private* e per le *public companies*, che, salvo quanto stabilito dallo statuto, i *directors* sono responsabili della gestione della società e a tal fine possono esercitare tutti i poteri necessari (art. 3). Segue, poi, un'ulteriore disposizione secondo la quale i soci (o i membri) possono, *by special resolutions*, fare in modo che i *directors* compiano o si astengano dal compiere azioni specifiche (art. 4)¹⁰⁰.

Dal quadro normativo appena richiamato, da integrare con i principi consolidatisi nel *case law*, risulta che la ripartizione delle competenze tra soci e organo amministrativo è rimessa all'autonomia delle parti, in linea di massima libere di esercitarla con una certa flessibilità. Una volta definita la struttura societaria, il *common law* inglese si preoccupa di stabilire *come* i poteri debbano essere esercitati e, in particolare, predispone un sistema di doveri fiduciari individuati dalle Corti e successivamente codificati dal legislatore (ss. da 171 a 177 CA 2006).

Per quanto rileva ai fini del presente studio, giova segnalare che si registrano ipotesi legittime in cui gli amministratori si trovino a dovere agire, formalmente o informalmente, secondo le istruzioni provenienti da un *outsider*¹⁰¹. La giurisprudenza ha chiarito che il fatto che un amministratore venga a trovarsi in questa situazione non è necessariamente illegale purché: *i*) egli non nasconda la sua posizione; *ii*) agisca con il consenso della società¹⁰²; *iii*) conservi un sufficiente grado di indipendenza e di discrezionalità in ordine al modo in cui esercitare i suoi poteri¹⁰³; *iv*) in caso di divergenza tra l'interesse

¹⁰⁰ Cfr. AA. VV., *Boyle & Birds*, *cit.*, 549 ss. Il sistema di regole richiamato ha carattere suppletivo, trovando applicazione solo ove le parti non abbiano previsto diversamente. Pertanto, la stessa ripartizione dei poteri è in primo luogo rimessa alla libertà contrattuale e quanto stabilito diventa regola organizzativa per intendere i confini del potere dei *directors*. Sul punto, cfr. K. REECE THOMAS, C. L. RYAN, *The law and practice*, *cit.*, 89

¹⁰¹ Ciò tipicamente avviene nel caso dei gruppi di società con riferimento alle indicazioni provenienti dalla *holding* oppure quando il diritto di nominare un amministratore viene attribuito ad una classe di soci.

¹⁰² Cfr. *Kregor v. Hollins* [1913] 109 LT 225 ss., dove la corte ha deciso che gli amministratori non possono impegnarsi a votare nell'interesse di un creditore o di un azionista.

¹⁰³ Cfr. *Clark v. Workman* [1920] IR 107 ss.; *Boulting v. ACTAT* [1963] 2 QB 606 ss.

della società e quello del terzo, non risolve il conflitto facendo prevalere il secondo sul primo ¹⁰⁴. Pare, invece, che gli amministratori non possano vincolarsi in ordine al voto che eserciteranno in futuro in seno al *board* ¹⁰⁵, ma ciò non impedisce loro di partecipare ad un accordo e di impegnarsi ad attuarlo se ciò avviene in buona fede e nell'interesse della società ¹⁰⁶.

La *section 173 (duty to exercise independent judgement)* di cui al CA 2006, già richiamata, sembra quindi precludere la validità di accordi che vincolino gli amministratori al di fuori dei limiti consentiti ¹⁰⁷, e cioè a meno che la società stessa non sia parte dell'accordo o che questo sia stato autorizzato ¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cfr. *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. v. Meyer* [1959] AC 324 (HL (Sc)).

¹⁰⁵ La questione è molto controversa. Si contrappongono principalmente due argomenti.

Da un lato, costituirebbe *breach of contract* da parte dei *directors* il fatto di aderire ad uno *shareholders' agreement* sul presupposto che così facendo essi verrebbero meno ai doveri fiduciari loro imposti dalla legge; inoltre, la giurisprudenza ha chiarito che non è consentito ai soci fare attraverso uno *shareholders' agreement* ciò che è vietato dalla legge (cfr. *Scott v. Scott* [1943] 1 All ER 582 e *McQuade v. Stoneham* 263 NY 323, 328, 189 NE 236 in cui testualmente si legge: «[...] *the power [of shareholders] to unite...is not extended to contracts whereby limitations are placed on the power of directors to manage the business of the [company]*»).

D'altra parte, vi è chi sottolinea che, quantomeno con riferimento ai patti totalitari, la volontà unanime espressa dai soci (sebbene all'interno di un patto parasociale) implicherebbe che i *directors* ne seguano le direttive. Resta fermo il fatto che ove l'art. 2 del *Model Article* venisse eliminato, questo secondo argomento non sarebbe necessario.

Il punto è strettamente connesso al dovere di esercitare un giudizio indipendente. Infatti, nel caso *Boultin v. Association Of Cinematograph, Television and Allied Technicians* [1936] 2 QB 606, viene sancito il principio generale secondo il quale gli amministratori non possono vincolarsi violando i doveri generali.

¹⁰⁶ In questo senso, cfr. *Fulham Football Club Ltd v. Cabra Estate plc* [1992] BCC 863 (CA).

¹⁰⁷ Nonostante il CA 2006 (ss. 171-173 e 175-176) regoli espressamente i doveri generali degli amministratori, continuano a costituire un punto di riferimento, anche per le origini storiche che i doveri fiduciari trovano nell'*equity*, le parole di Lord Denning nel caso *Boulting v. Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians*, cit., 626: "It seems to me that no one, who has duties of fiduciary nature to discharge, can be allowed to enter into an engagement by which he binds himself to disregard those duties or to act inconsistently with them. No stipulation is lawful by which he agrees to carry out his duties in accordance with the instructions of another than on his own conscientious judgment; or by which he agrees to subordinate the interests of those whom he must protect to the interests of someone else"

¹⁰⁸ Cfr. AA. VV., *Boyle & Birds'*, cit., 611 dove gli AA. osservano che, in linea di massima, la s. 173 non è di ostacolo alla conclusione di accordi tra soci che incidono sulla discrezionalità dei *directors* se a questi partecipa la società ma evidenziano che, nella maggior parte dei casi, ciò non avviene. Sulle questioni legate alla partecipazione della società ad un accordo parasociale, cfr. P. L. DAVIES, *Gower and Davies' Principles*, cit., 19 - 24 ss. (676 ss.)

La Corte Suprema Canadese ha affrontato una questione simile nel caso *Ringuet v. Bergeron* [1960] S.C.R. 672 ss. in cui la maggioranza ritenne l'accordo valido sul presupposto che si trattasse di un sindacato di voto riguardante le deliberazioni del *general meeting*. Il caso è

Dalla giurisprudenza risulta, inoltre, che uno *shareholders' agreement* che comprima la discrezionalità di un *director* non possa essere opposto alla società¹⁰⁹.

Rispetto alle ipotesi in cui l'amministratore sia egli stesso parte dell'accordo, assumendo un impegno che lo possa portare ad agire in contrasto con i doveri ad esso imposti dalla legge, la giurisprudenza ha espresso in più occasioni un giudizio prevalentemente negativo, sebbene sulla base di argomentazioni variabili e non sempre coerenti tra loro: *i*) talvolta, ha ritenuto l'invalidità dell'accordo per compressione (*fetter*) della discrezionalità e per contrarietà alla *public policy* (e ciò anche prima dell'adozione del CA)¹¹⁰; *ii*) in alcuni casi ha ritenuto valido un accordo del genere, considerando che lo si possa addirittura invocare dinanzi alla società, purché non comprima ingiustamente la discrezionalità degli amministratori¹¹¹; *iii*) in altri casi un accordo del genere è stato considerato esecutivo se *tutti* gli aderenti sono soci e a prescindere dal grado di compressione della discrezionalità degli amministratori¹¹²; *iv*) in altre occasioni, invece, si è ritenuto che, se vi è una

interessante perché la parte minoritaria dei giudici ritenne che l'accordo si estendesse anche alle riunioni del *board of directors* e che fosse per questo nullo (tuttavia, in quel caso, riconoscevano che la conclusione avrebbe potuto essere comunque differente perché tutti i soci erano parti del patto). Cfr. P. L. DAVIES, *Gower and Davies' Principles*, cit., 536 ss.

Si veda però il caso *Fuhlam Club Ltd v. Cabra Estates Ltd* [1994] 1 BCLC 363, in cui si è stabilito che i *directors* possono anche vincolare il futuro esercizio dei loro poteri, purché il contratto, generalmente considerato, sia manifestamente vantaggioso per la società atteso che, altrimenti, si rischierebbe di privare la società dell'opportunità di concludere contratti vantaggiosi.

¹⁰⁹ Cfr. *Russel v. Northern Bank* [1992] 3 All ER, 161 ss. Il caso è molto importante anche per la questione della incidenza degli accordi tra soci sulla struttura societaria, per un commento autorevole si veda E. FERRAN, *The Decision of the House of Lords in Russel v. Northern Bank Development Corporation Limited*, in *Cambridge L. J.*, 1994, n. 53, 343 ss.

¹¹⁰ *Bergeron v. Riquet et Page et al* [1958] QB 222 (Can) decisione della Quebec Court della Quee's Bench. Sul principio secondo cui gli accordi che violano i poteri e le prerogative del *board* sono invalidi si veda anche S. KRÜGER, *Pooling Agreement under English Company Law*, in *LQR* 94, 1978, 557 ss., secondo il quale nel *company law* inglese non possono trovare ingresso *shareholders'agreements* che «*encroach slightly on the board statutory power*» (p. 562).

¹¹¹ *Clark v. Dodge* 269 NY 410, 199 NE 641 (1936).

Il punto di maggiore interesse della pronuncia è che in essa è espresso il principio per cui, in generale, non vi è motivo di ritenere invalido un contratto se questo non arreca pregiudizio alla società. Secondo la corte, si tratta di una valutazione che va condotta in concreto.

¹¹² Cfr. *Motherwell v. Schof* [1949] 4 DLR 812 ss., dove è enunciato il principio secondo cui se l'accordo è espressione della volontà unanime dei soci, allora in questo caso la volontà dei

sostanziale compressione della discrezionalità, l'accordo è invalido anche se unanime e anche se in qualche modo è rintracciabile una *statutory recognition*; v) infine, quanto agli effetti della declaratoria di nullità, le corti inglesi hanno chiarito che l'invalidità colpisce soltanto quella parte dello *shareholders' agreement* che interferisce con la discrezionalità degli amministratori ma non travolge l'intero accordo ¹¹³.

Alla luce di quanto brevemente richiamato, può dirsi che l'atteggiamento del sistema inglese resta nel complesso molto rigoroso e tendenzialmente poco incline a riconoscere forme di ingerenza nella gestione diverse da quelle ammesse dal *Companies Act* ¹¹⁴.

A conclusioni parzialmente diverse deve giungersi, invece, con riguardo all'esperienza degli Stati Uniti dove, a dispetto di una struttura economica che presenta pochi incentivi al ricorso ai patti parasociali ¹¹⁵, si è assistito ad una

soci assume una certa rilevanza e la sua attuazione è conforme al dovere dei *directors* di perseguire gli interessi della società. Interessante pure *Cane v. Jones* [1980] 1 WLR 1451 e *Runciman v. Walter Runciman* [1992] 3 All ER 161, sull'incidenza delle decisioni espresse all'unanimità (ma esterne allo statuto) su tale documento. Per ulteriori richiami, si vedano anche K. REECE THOMAS, C. L. RYAN, *The law and practice*, cit., 91, nt. 150.

¹¹³ Cfr. *Mothenwell v. Schoof*, cit., 812 ss..

¹¹⁴ Cfr. K. REECE THOMAS, C. L. RYAN, *The law and practice*, cit., 92, nt. 151.

Si veda quanto chiarito da *Greer L.J.* in *Shaw & Sons (Salford) Ltd v Shaw* [1935] 2 K.B. 113, CA, 134, secondo cui i soci non possono usurpare i *directors* dei poteri loro attribuiti dallo statuto così come i *directors* non possono usurpare i soci dei poteri loro spettanti. Potranno soltanto o modificare le clausole oppure, se ricorrono le condizioni, rifiutarsi di rieleggere coloro il cui operato non hanno approvato.

Per inciso, si noti che la *section 168* del CA 2006 riconosce ai soci il potere di rimuovere liberamente con *ordinary resolution* i *directors*, con il risultato che, per tale via, possono esercitare un'influenza indiretta sulla gestione, cfr. P. L. DAVIES, *Gower & Davies' Principles*, cit., 390. Inoltre, cfr. R. R. PENNINGTON, *Company Law* ⁸, Butterworths, Edimburgo, 2001, 696, dove si legge che «*Unlike American law and the laws of most European countries, English law does not regard certain functions and powers as managerial or executive and therefore as inherently exercisable by the board and inalienable by it. The board's powers can be as broad or as narrow as is desired, but the tendency is [...] to confer on the board all the powers of the company*».

Sui rapporti tra soci e *management* nel sistema inglese, a confronto con quello statunitense, si veda L. BEBCHUCK, *The case for Increasing Shareholders' Power*, in 118 *Harv. L. Rev.* 2005, 847 ss.

¹¹⁵ E ciò, si è detto, sia per la flessibilità dei modelli organizzativi sia per la prevalenza di società con base azionaria diffusa, con una significativa presenza di investitori istituzionali e per una netta separazione tra proprietà e controllo che rende quanto mai rari i canali di contatto tra la compagine sociale e il *management*.

Per un'analisi approfondita dei principali punti di divergenza tra il sistema statunitense e quello tedesco, proprio sotto il profilo della *corporate governance* e con particolare attenzione

progressiva attenzione al tema e molte giurisdizioni hanno gradualmente adottato previsioni specifiche volte a regolare la conclusione di *shareholders' agreements*¹¹⁶ nelle *close corporations*¹¹⁷. A fronte di una pressoché infinita varietà di contenuti possibili, anche la prassi statunitense conosce gli accordi che hanno l'effetto di vincolare i *directors* al compimento di certe operazioni o di incidere direttamente sul processo decisionale in materia gestoria.

Sul punto, anche in seno alla dottrina statunitense, è molto acceso il dibattito in ordine alla possibilità per i soci di partecipare alle decisioni gestorie,

alla diversa rilevanza assegnata nei due sistemi alla tutela dell'interesse dei soci, si vedano T. BAUMS, K. E. SCOTT, *Taking Shareholder Protection Seriously?*, *cit.*, 31 ss.

Per i profili di *corporate governance*, con particolare attenzione al ruolo del *board*, si veda anche A. PYE, *Boards and Governance*, in AA. VV., *The Oxford Handbook of Corporate Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 135 ss.

¹¹⁶ In punto di teoria generale, gli *shareholders' agreements* sono considerati dei contratti.

Non se ne rintraccia nella legislazione statale una definizione (ma, del resto, neppure nel nostro sistema esiste una definizione legale di "patto parasociale"), piuttosto i diversi stati federali hanno disciplinato la fattispecie con riferimento alle *close corporations* chiarendo, sebbene mediante il ricorso a concetti più o meno ampi, gli spazi di validità concessi agli accordi tra soci che hanno ad oggetto l'esercizio del voto o che disciplinano profili attinenti al *management*. Cfr. R. C. WOLF, *The Law and Practice of Shareholders' Agreements*, *cit.*, 85 ss.

¹¹⁷ Cfr. M. VENTORUZZO, *Why Shareholders' Agreements Are Not Used in U.S. Listed Corporations*, *cit.*, il quale evidenzia come, sebbene si tratti di un dato di fatto comunemente ritenuto tale sia dai pratici del diritto che dal mondo accademico, la correlazione tra struttura proprietaria e ricorso ai patti parasociali sia in sé insufficiente a spiegare la scarsa diffusione dei secondi nell'ambito delle *listed corporations* e meriti di essere meglio articolata. In particolare, l'A. individua due ragioni fondamentali. La prima di queste consiste nella struttura proprietaria ma non nel senso che comunemente si attribuisce a questo elemento, cioè quello di ritenere che la caratteristica costante delle società quotate americane sia la presenza di un azionariato diffuso; al contrario, si registra la presenza di azionisti che detengono una percentuale significativa di azioni. Ciononostante, tali azionisti non hanno incentivi sufficienti per ricorrere ai patti parasociali in ragione di tre caratteristiche fondamentali: *i*) l'azionariato è generalmente composto sia da azionisti con percentuali significative che da piccolissimi azionisti (con partecipazioni inferiori all'1%) per cui i primi non trovano incentivi ad accordarsi con i secondi essendo, invece, necessaria, affinché il ricorso a un patto parasociale sia conveniente, la presenza di più azionisti con una percentuale significativa di azioni ma non sufficiente da sola ad assicurare il controllo; *ii*) la compagine azionaria è formata prevalentemente da investitori istituzionali, i quali non hanno interesse ad assumere impegni relativi alla propria partecipazione e preferiscono, invece, restare liberi di smobilizzare il proprio investimento quando lo desiderano; *iii*) la presenza di partecipazioni incrociate incide, nell'opinione dell'A., sulla diffusione dei patti parasociali ma è una caratteristica non ricorrente nel mercato americano. La seconda ragione attiene, secondo l'A., alla presenza di una serie di regole legali che disincentivano il ricorso agli *shareholders' agreements* nelle *listed corporations*, tra le quali quelle a protezione della minoranza (per cui gli incentivi ricavabili dagli accordi tra i soci si ridurrebbero notevolmente) oppure quelle che stabiliscono obblighi di *disclosure* non solo delle partecipazioni controllate ma anche delle strategie connesse ad esse.

sul presupposto che in ogni caso l'ingerenza di questi non possa comportare uno svuotamento delle prerogative del *board*. Peraltro, se, da un lato, taluno ritiene che tale potere sussista almeno con riferimento alle decisioni più importanti, riducendosi così le inefficienze legate alle circostanze in cui gli amministratori sono completamente liberi di decidere in ordine a questioni delicate per la vita della società; dall'altro, vi è chi ritiene di dovere escludere qualsiasi coinvolgimento dei soci nella gestione sia per ragioni di efficienza (i soci non sarebbero adeguatamente informati per potere assumere queste decisioni) sia perché questa è la regola che, in assenza di costi di transazione, le parti avrebbero adottato ¹¹⁸.

Per cercare di inquadrare meglio la questione, deve considerarsi che vale anche nell'esperienza statunitense il principio generale secondo il quale la società è gestita da un *board of directors* eletto dall'assemblea generale; a tale organo spettano tutti i poteri necessari per adempiere alla propria funzione. La distinzione tra *public* e *close corporations* funge però da primo spartiacque atteso che le caratteristiche strutturali delle seconde (una maggiore rilevanza della componente personalistica) rendono ammissibile il ricorso ai patti parasociali anche sulla gestione seppure entro limiti molto stringenti ¹¹⁹.

Da un punto di vista normativo, da un esame di alcune delle legislazioni statali, risulta che gli accordi tra i soci sono espressamente contemplati e che,

¹¹⁸ Cfr. L. BEBCHUCK, *The case for Increasing, cit.*, 833 ss., dove un'approfondita disamina dei problemi legati all'allocazione del potere di *management* tra il *board* e la compagine sociale nel *corporate law* statunitense. In particolare, l'A. sostiene la maggiore efficienza (intesa come riduzione degli *agency problems*) del coinvolgimento dei soci nella gestione, prendendo a riferimento due grandi gruppi di decisioni: le "*rules-of-the-game*" *decisions* e le decisioni di specifico rilievo per il *business* della società, quali le "*game-ending*" e le "*scaling-down*" *decisions* (p. 837). L'assunto da cui parte l'A. è che, nel sistema statunitense, il coinvolgimento dei soci nella gestione passa attraverso il diritto di nominare o sostituire i *directors* (a p. 837 si legge che «*The underlying view is that, as long as shareholders have the power to replace the directors, corporate decisions can be expected to serve shareholder interests*»).

Per le critiche si vedano M. S. BAINBRIDGE, *Director Primacy and Shareholder Disempowerment*, in 119 *Harv. L. Rev.* (2006), 1735 ss. e L. O. STRINE JR, *Toward a True Corporate Republic: a Traditional Response to Bebchuck's Solution for Improving Corporate America*, *ivi*, 1759 ss.

¹¹⁹ Cfr. R. C. WOLF, *The Law and Practice of Shareholders' Agreements, cit.*, 35.

Osserva M. VENTORUZZO, *Why Shareholders' Agreements Are Not Used in U.S. Listed Corporations, cit.*, 3, che «[...] *the American system provides for a great degree of freedom of contract in the area of voting agreements, and that the only significant limitations concern the possibility to curb directors' powers*».

tra questi, talvolta viene riservata una particolare attenzione a quelli che intendono vincolare l'attività del *board*. Tali accordi sono generalmente ammessi purché siano rispettati alcuni limiti, tra i quali frequentemente ricorrono i seguenti: *i*) il patto deve riferirsi a una società non quotata; *ii*) il patto deve essere totalitario (cioè tutti i soci vi hanno partecipato e hanno espresso all'unanimità il proprio consenso); *iii*) della limitazione si deve dare notizia nei documenti che incorporano la partecipazione; *iv*) del vincolo deve essere data notizia a chiunque, successivamente, venga ad acquistare una partecipazione in quella società; *v*) il patto che vincola la discrezionalità dei *directors* ha l'effetto di attenuarne la responsabilità e di spostarla in capo a chi abbia effettivamente esercitato il potere gestorio ¹²⁰.

¹²⁰ Si richiamano di seguito alcune legislazioni statali esemplificative dell'approccio del legislatore nei confronti degli *shareholders' agreements* a partire dalla legislazione del *Delaware* che, com'è noto, costituisce il punto di riferimento in materia di *corporations*.

Al § 350 (*Agreements restricting discretion of directors*) del *Delaware Code* del 2014 (in www.delcode.delaware.gov) si legge che:

«*A written agreement among the stockholders of a close corporation holding a majority of the outstanding stock entitled to vote, whether solely among themselves or with a party not a stockholder, is not invalid, as between the parties to the agreement, on the ground that it so relates to the conduct of the business and affairs of the corporation as to restrict or interfere with the discretion or powers of the board of directors. The effect of any such agreement shall be to relieve the directors and impose upon the stockholders who are parties to the agreement the liability for managerial acts or omissions which is imposed on directors to the extent and so long as the discretion or powers of the board in its management of corporate affairs is controlled by such agreement*».

Il rigore della disposizione appena richiamata va letto alla luce di quanto previsto dal § 351 (*Management by stockholders*) del *Delaware Code* dove è espressamente contemplata la possibilità che il *board of directors* sia sostituito dagli *stockholders* cui saranno quindi attribuiti i poteri di *management* e cui si applicheranno le regole dettate dalla stessa disposizione.

L'art. 6, s. 620 (*Agreements as to voting; provision in certificate of incorporation as to control of directors*) della *Business Corporation Law* del 2010 dello stato di *New York* (in www.ny.gov) dispone che:

«*(b) A provision in the certificate of incorporation otherwise prohibited by law because it improperly restricts the board in its management of the business of the corporation, or improperly transfers to one or more shareholders or to one or more persons or corporations to be selected by him or them, all or any part of such management otherwise within the authority of the board under this chapter, shall nevertheless be valid:*

(1) If all the incorporators or holders of record of all outstanding shares, whether or not having voting power, have authorized such provision in the certificate of incorporation or an amendment thereof; and

(2) If, subsequent to the adoption of such provision, shares are transferred or issued only to persons who had knowledge or notice thereof or consented in writing to such provision.

(c) A provision authorized by paragraph (b) shall be valid only so long as no shares of

the corporation are listed on a national securities exchange or regularly quoted in an over-the-counter market by one or more members of a national or affiliated securities association.

(d) (1) Except as provided in paragraph (e), an amendment to strike out a provision authorized by paragraph (b) shall be authorized at a meeting of shareholders by (A) (i) for any corporation in existence on the effective date of subparagraph (2) of this paragraph, two-thirds of the votes of the shares entitled to vote thereon and (ii) for any corporation in existence on the effective date of this clause the certificate of incorporation of which expressly provides such and for any corporation incorporated after the effective date of subparagraph (2) of this paragraph, a majority of the votes of the shares entitled to vote thereon or (B) in either case, by such greater proportion of votes of shares as may be required by the certificate of incorporation for that purpose.

(2) Any corporation may adopt an amendment of the certificate of incorporation in accordance with the applicable clause or subclause of subparagraph (1) of this paragraph to provide that any further amendment of the certificate of incorporation that strikes out a provision authorized by paragraph (b) of this section shall be authorized at a meeting of the shareholders by a specified proportion of votes of the shares, or votes of a particular class or series of shares, entitled to vote thereon, provided that such proportion may not be less than a majority.

(e) Alternatively, if a provision authorized by paragraph (b) shall have ceased to be valid under this section, the board may authorize a certificate of amendment under section 805 (Certificate of amendment; contents) striking out such provision. Such certificate shall set forth the event by reason of which the provision ceased to be valid.

(f) The effect of any such provision authorized by paragraph (b) shall be to relieve the directors and impose upon the shareholders authorizing the same or consenting thereto the liability for managerial acts or omissions that is imposed on directors by this chapter to the extent that and so long as the discretion or powers of the board in its management of corporate affairs is controlled by any such provision.

(g) If the certificate of incorporation of any corporation contains a provision authorized by paragraph (b), the existence of such provision shall be noted conspicuously on the face or back of every certificate for shares issued by such corporation».

Si richiami pure la previsione del South Coroline Code del 2014 al cui § 33-18-200 (Shareholders' agreements) si legge:

«(a) All the shareholders of a statutory close corporation may agree in writing to regulate the exercise of the corporate powers and the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among the shareholders of the corporation.

(b) An agreement authorized by this section is effective although:

(1) it eliminates a board of directors;

(2) it restricts the discretion or powers of the board or authorizes director proxies or weighted voting rights;

(3) its effect is to treat the corporation as a partnership; or

(4) it creates a relationship among the shareholders or between the shareholders and the corporation that would otherwise be appropriate only among partners.

(c) If the corporation has a board of directors, an agreement authorized by this section restricting the discretion or powers of the board relieves directors of liability imposed by law and imposes that liability on each person in whom the board's discretion or power is vested to the extent that the discretion or powers of the board of directors are governed by the agreement.

(d) A provision eliminating a board of directors in an agreement authorized by this section is not effective unless the articles of incorporation contain a statement to that effect as

required by Section 33-18-210.

(e) A provision entitling shareholders to dissolve the corporation under Section 33-18-330 is effective only if a statement of this right is contained in the articles of incorporation.

(f) To amend an agreement authorized by this section, all the shareholders must approve the amendment in writing unless the agreement provides otherwise.

(g) Subscribers for shares may act as shareholders with respect to an agreement authorized by this section if shares are not issued when the agreement was made.

(h) This section does not prohibit any other agreement between or among shareholders in a statutory close corporation».

In ultimo, si richiami il *Business Corporation Code* della Florida del 2015 (in www.flsenate.gov/Laws) dove, con riferimento alle società che hanno 100 o meno soci al tempo dell'accordo, il § 607.0732 dispone quanto segue:

«(1) An agreement among the shareholders of a corporation with 100 or fewer shareholders at the time of the agreement, that complies with this section, is effective among the shareholders and the corporation, even though it is inconsistent with one or more other provisions of this chapter, if it:

(a) Eliminates the board of directors or restricts the discretion or powers of the board of directors;

(b) Governs the authorization or making of distributions whether or not in proportion to ownership of shares, subject to the limitations in s. 607.06401;

(c) Establishes who shall be directors or officers of the corporation, or their terms of office or manner of selection or removal;

(d) Governs, in general or in regard to specific matters, the exercise or division of voting power by the shareholders and directors, including use of weighted voting rights or director proxies;

(e) Establishes the terms and conditions of any agreement for the transfer or use of property or the provision of services between the corporation and any shareholder, director, officer, or employee of the corporation;

(f) Transfers to any shareholder or other person any authority to exercise the corporate powers or to manage the business and affairs of the corporation, including the resolution of any issue about which there exists a deadlock among directors or shareholders; or

(g) Requires dissolution of the corporation at the request of one or more of the shareholders or upon the occurrence of a specified event or contingency.

(h) Otherwise governs the exercise of the corporate powers or the management of the business and affairs of the corporation or the relationship between the shareholders, the directors, or the corporation, and is not contrary to public policy. For purposes of this paragraph, agreements contrary to public policy include, but are not limited to, agreements that reduce the duties of care and loyalty to the corporation as required by ss. 607.0830 and 607.0832, exculpate directors from liability that may be imposed under s. 607.0831, adversely affect shareholders' rights to bring derivative actions under s. 607.07401, or abrogate dissenters' rights under ss. 607.1301-607.1320.

(2) An agreement authorized by this section shall be:

(a). 1 Set forth in the articles of incorporation or bylaws and approved by all persons who are shareholders at the time the agreement; or

(a). 2 Set forth in a written agreement that is signed by all persons who are shareholders at the time of the agreement and such written agreement is made known to the corporation.

(b). 1 Subject to termination or amendment only by all persons who are

shareholders at the time of the termination or amendment, unless the agreement provides otherwise with respect to termination and with respect to amendments that do not change the designation, rights, preferences, or limitations of any of the shares of a class or series.

(3) The existence of an agreement authorized by this section shall be noted conspicuously on the front or back of each certificate for outstanding shares or on the information statement required by s. 607.0626(2). If at the time of the agreement the corporation has shares outstanding which are represented by certificates, the corporation shall recall such certificates and issue substitute certificates that comply with this subsection. The failure to note the existence of the agreement on the certificate or information statement shall not affect the validity of the agreement or any action taken pursuant to it. Any purchaser of shares who, at the time of purchase, did not have knowledge of the existence of the agreement shall be entitled to rescission of the purchase. A purchaser shall be deemed to have knowledge of the existence of the agreement if its existence is noted on the certificate or information statement for the shares in compliance with this subsection and, if the shares are not represented by a certificate, the information statement is delivered to the purchaser at or prior to the time of the purchase of the shares. An action to enforce the right of rescission authorized by this subsection must be commenced within earlier of 90 days after discovery of the existence of the agreement or 2 years after the time of purchase of the shares.

(4) An agreement authorized by this section shall cease to be effective when shares of the corporation are listed on a national securities exchange or regularly quoted in a market maintained by one or more members of a national or affiliated securities association. If the agreement ceases to be effective for any reason, the board of directors may, if the agreement is contained or referred to in the corporation's articles of incorporation or bylaws, adopt an amendment to the articles of incorporation or bylaws, without shareholder action, to delete the agreement and any references to it.

(5) An agreement authorized by this section that limits the discretion or powers of the board of directors shall relieve the directors of, and impose upon the person or persons in whom such discretion or powers are vested, liability for acts or omissions imposed by law on directors to the extent that the discretion or powers of the directors are limited by the agreement.

(6) The existence or performance of an agreement authorized by this section shall not be a ground for imposing personal liability on any shareholder for the acts or debts of the corporation even if the agreement or its performance treats the corporation as if it were a partnership or results in failure to observe the corporate formalities otherwise applicable to the matters governed by the agreement.

(7) Incorporators or subscribers for shares may act as shareholders with respect to an agreement authorized by this section if no shares have been issued when the agreement is made».

La legislazione richiamata è reperibile anche su www.law.justia.com.

Per completare il quadro normativo si veda il *Model Business Corporations Act 2011* (di seguito *MBCA*), reperibile, anche nelle versioni precedenti, sul sito della *American Bar Association* (www.americanbar.org) e la cui *Corporate Laws Committee* si occupa di aggiornare il *MBCA*. Com'è noto, il documento costituisce un modello che si ispira alla legislazione del *Delaware*, sopra richiamata, ed è ad oggi adottato da un certo numero di Stati. Per ciò che interesse in questa sede, si veda il § 7.32 (*Shareholders' agreements*) dove si legge che:

«(a) An agreement among the shareholders of a corporation that complies with this section is effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it:

(1) eliminates the board of directors or restricts the discretion or powers of the board of directors;

(2) governs the authorization or making of distributions whether or not in proportion to ownership of shares, subject to the limitations in section 6.40;

(3) establishes who shall be directors or officers of the corporation, or their terms of office or manner of selection or removal;

(4) governs, in general or in regard to specific matters, the exercise or division of voting power by or between the shareholders and directors or by or among any of them, including use of weighted voting rights or director proxies;

(5) establishes the terms and conditions of any agreement for the transfer or use of property or the provision of services between the corporation and any shareholder, director, officer or employee of the corporation or among any of them;

(6) transfers to one or more shareholders or other persons all or part of the authority to exercise the corporate powers or to manage the business and affairs of the corporation, including the resolution of any issue about which there exists a deadlock among directors or shareholders;

(7) requires dissolution of the corporation at the request of one or more of the shareholders or upon the occurrence of a specified event or contingency; or

(8) otherwise governs the exercise of the corporate powers or the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among the shareholders, the directors and the corporation, or among any of them, and is not contrary to public policy.

(b) An agreement authorized by this section shall be:

(1) as set forth (A) in the articles of incorporation or bylaws and approved by all persons who are shareholders at the time of the agreement or (B) in a written agreement that is signed by all persons who are shareholders at the time of the agreement and is made known to the corporation;

(2) subject to amendment only by all persons who are shareholders at the time of the amendment, unless the agreement provides otherwise; and

(3) valid for 10 years, unless the agreement provides otherwise.

(c) The existence of an agreement authorized by this section shall be noted conspicuously on the front or back of each certificate for outstanding shares or on the information statement required by section 6.26(b). If at the time of the agreement the corporation has shares outstanding represented by certificates, the corporation shall recall the outstanding certificates and issue substitute certificates that comply with this subsection. The failure to note the existence of the agreement on the certificate or information statement shall not affect the validity of the agreement or any action taken pursuant to it. Any purchaser of shares who, at the time of purchase, did not have knowledge of the existence of the agreement shall be entitled to rescission of the purchase. A purchaser shall be deemed to have knowledge of the existence of the agreement if its existence is noted on the certificate or information statement for the shares in compliance with this subsection and, if the shares are not represented by a certificate, the information statement is delivered to the purchaser at or prior to the time of purchase of the shares. An action to enforce the right of rescission authorized by this subsection must be commenced within the earlier of 90 days after discovery of the existence of the agreement or two years after the time of purchase of the shares.

(d) An agreement authorized by this section shall cease to be effective when the corporation becomes a public corporation. If the agreement ceases to be effective for any reason, the board of directors may, if the agreement is contained or referred to in the corporation's articles of incorporation or bylaws, adopt an amendment to the articles of incorporation or bylaws, without shareholder action, to delete the agreement and any

Inoltre, quanto alla possibilità che un paciscente sia, al contempo, socio e *director*, si ritiene che valga il principio generale per cui l'amministratore non può vincolare la propria attività futura e che, perfino nelle *close corporations*, dove, come si è visto, gli spazi di manovra concessi alle parti dell'accordo sono maggiori, non sia comunque ammessa l'assunzione di vincoli sulla propria attività futura ¹²¹.

In sintesi, può dirsi che, nella esperienza statunitense, gli *shareholders' agreements* con contenuto gestorio rappresentano uno strumento rilevante per la *governance* delle società e sono frequentemente stipulati in corrispondenza di operazioni di *joint venture* o di *venture capital* ¹²². Analogamente a quanto avviene da noi e pressoché in tutti gli ordinamenti in cui si registra una prassi significativa in materia di accordi parasociali, l'incidenza di tali patti sulla gestione può avvenire o a livello dei procedimenti per la nomina degli amministratori oppure consistere in un vero e proprio "controllo" dell'attività degli stessi, attraverso la previsione di forme più o meno vincolanti di

references to it.

(e) *An agreement authorized by this section that limits the discretion or powers of the board of directors shall relieve the directors of, and impose upon the person or persons in whom such discretion or powers are vested, liability for acts or omissions imposed by law on directors to the extent that the discretion or powers of the directors are limited by the agreement.*

(f) *The existence or performance of an agreement authorized by this section shall not be a ground for imposing personal liability on any shareholder for the acts or debts of the corporation even if the agreement or its performance treats the corporation as if it were a partnership or results in failure to observe the corporate formalities otherwise applicable to the matters governed by the agreement.*

(g) *Incorporators or subscribers for shares may act as shareholders with respect to an agreement authorized by this section if no shares have been issued when the agreement is made».*

Un riferimento alla questione degli *shareholders' agreement* in relazione alla possibilità per i soci di ingerirsi nella gestione si ritrova in L. BEBCHUCK, *The case for Increasing*, cit., 888 ss., dove l'A. evidenzia il fatto che questi strumenti siano comunque limitati alle *close corporations* e che, le legislazioni statali siano comunque poco inclini a stabilire, entro i limiti riconosciuti dalla legge, dei regimi in cui è ammesso un coinvolgimento anche minimo dei soci nella gestione

¹²¹ Cfr. R. C. WOLF, *The Law and Practice of Shareholders' Agreements*, cit., 137.

¹²² Cfr. R. C. WOLF, *The Law and Practice of Shareholders' Agreements*, cit., *passim* e specialmente 194 s.

Sulla rilevanza degli *shareholders' agreements* in relazione alle operazioni di *joint venture* e *venture capital* e per una panoramica sulle clausole che sono spesso inserite in tali accordi, si vedano G. CHEMLA, M. HABIB, A. LJUNGQVIST, *An Analysis of Shareholders' Agreements*, in *J. Eur. Ec. Ass.*, vol. 5, No. 1, 2007, 93 ss.

coinvolgimento dei paciscenti. Nella letteratura statunitense si registra un dibattito molto acceso, atteso che è diffusa l'opinione secondo cui è vietato ai *directors* che siano anche parte dell'accordo vincolare la propria condotta futura o è vietato ai soci interferire nella funzione gestoria, in quanto i membri del *board*, destinatari di tale interferenza, violerebbero i doveri di lealtà e di diligenza. Tuttavia, deve darsi atto del fatto che in una *close corporation* esistono margini più ampi (sovente delineati dalla legislazione statale, ove questa espressamente regoli il fenomeno parasociale o, comunque, fissati dalla giurisprudenza), che consentono ai soci di esercitare un controllo sul *board*. Nel caso delle *public corporations*, invece, la struttura di queste società e le implicazioni che una eventuale restrizione dei poteri del *board* potrebbe avere sul mercato e sui terzi restringe notevolmente i margini di operatività di patti sulla gestione, potendosi al più ipotizzare accordi che prevedano una mera consultazione (priva, perciò, di carattere vincolante) oppure un innalzamento dei *quorum* richiesti per l'approvazione di certe deliberazioni in seno all'organo amministrativo. Ciò che pare doversi considerare vietata è la c.d. *sterilization* del *board*, vale a dire la totale spoliatura dell'organo dalle sue funzioni ¹²³.

A vinculação dos administradores e gli acordos de acionistas nel diritto brasiliano.

A conclusione di questa ricostruzione del tema dell'ammissibilità dei patti parasociali che hanno l'effetto di vincolare la condotta degli amministratori alla luce della concezione della funzione e del ruolo dell'organo gestorio in alcuni dei principali sistemi di *civil law* e di *common law*, pare opportuno tornare a

¹²³ Per queste e per altre considerazioni, cfr. R. C. WOLF, *The Law and Practice of Shareholders' Agreements*, cit., 187 ss.

In merito alla valutazione degli *shareholders' agreements* che implicano un'interferenza nell'attività gestoria nella giurisprudenza statunitense, con riferimenti puntuali ai primi casi che ne hanno segnato il graduale riconoscimento in presenza di determinate circostanze, si veda S. N. BULLOCH, *Shareholder Agreement in Closely Held Corporations: is Sterilization an Issue?*, in 59 *Temp. L. Q.* 61, 1986, 61 ss. Dallo scritto da ultimo citato risulta che tre elementi giocano un ruolo fondamentale nella valutazione degli *impinging shareholders' agreement*: i) gli accordi cui partecipano tutti i soci vanno incontro ad una valutazione meno severa. Al contrario, quando vi sono soci non aderenti all'accordo, questi sono costretti a subire la "sterilizzazione" dell'organo amministrativo; ii) se l'accordo non pregiudica i diritti di parti terzi, come i creditori, non vi sono ragioni per invalidarlo; iii) infine, gli accordi che hanno l'effetto di privare di fatto l'organo amministrativo delle sue funzioni sono certamente invalidi.

richiamare la legge brasiliana sulle *sociedades anônimas* (lei n. 6.404/1976), novellata nel 2001 (lei n. 10.303) ¹²⁴.

Come si è già avuto modo di anticipare ¹²⁵, il diritto brasiliano costituisce ad oggi l'unico ordinamento in cui pare di potere rintracciare un riconoscimento esplicito dei sindacati gestori, mediante una disciplina che assegna a determinati *acordos de acionistas* efficacia corporativa ¹²⁶.

Più precisamente, l'articolo 118 della predetta legge disciplina gli accordi tra soci che hanno ad oggetto il trasferimento delle azioni, l'esercizio del diritto di voto e l'*exercício do poder de controle*. A norma della medesima disposizione, tali accordi, ove debitamente depositati presso la società e risultanti dal *livros de registro* e dal *certificados dos ações* (se emessi), saranno opponibili sia alla *companhia* che ai terzi (art. 118, § 1, *l. S/A*). L'efficacia è garantita, peraltro, dalle previsioni contenute ai §§ 8 e 9 dell'articolo 118, che rafforzano la vincolatività degli accordi prevedendo che il presidente dell'organo sociale non tenga conto del voto espresso in violazione del patto e che, nel caso in cui il consigliere di amministrazione sia assente o si astenga dal votare, il suo voto

¹²⁴ Per un commento all'articolo 118 della legge brasiliana si veda M. CARVALHOSA, *sub art. 118, cit.*, 724 ss.

¹²⁵ Si veda il paragrafo 3 del primo capitolo.

¹²⁶ Si noti che nel diritto brasiliano, in ragione della peculiare disciplina dettata dall'articolo 118 *l. S/A*, gli *acordos de acionistas* sono considerati come *contratos sociais* quando rientrano in una delle tre categorie di accordo disciplinate da tale disposizione e che solo quelli che ne restano fuori son considerati *contratos parassociais*. La distinzione è rilevante perché rispetto ai primi (e, quindi, anche agli accordi sul controllo) la società - come gli amministratori - è considerata parte *substancial*, in quanto titolare dell'interesse oggetto dell'accordo (vale a dire l'interesse sociale alla cui realizzazione deve mirare il patto a norma dell'articolo 116 *l. S/A*).

Cfr. M. CARVALHOSA, *sub art. 118, cit.*, 835 ss., il quale chiarisce, poi, qual è la funzione degli *acordos de acionistas* e quali i vantaggi ad essi connessi: essi assicurano stabilità all'attività dell'organo amministrativo (nel caso di accordi sul controllo) o consentono di rimediare all'assenteismo degli azionisti in assemblea. Peraltro, confrontando lo strumento con quello della *holding*, l'A. ravvisa nel primo l'indiscusso vantaggio di potere esercitare il controllo direttamente su una società di cui si posseggono delle azioni mentre nel caso della *holding* questo stesso processo è in genere mediato dagli organi della controllante e raramente i soci della capogruppo sono anche soci della controllata. Sul tema si veda anche C. A. DA SILVEIRA LOBO, *Acordo de acionistas, cit.*, 441 ss.

Per un inquadramento giuridico dei *contratos parassociais* come contratti a favore del terzo (la società), si veda J. L. BULHÕES PEDREIRA, *Sistema Jurídico da Companhia. Contratos parassociais*, in *Direito das Companhias*, diretto da A. LAMY FILHO - J. L. BULHÕES PEDREIRA, vol. I, gen, Editoria forense, Rio de Janeiro, 2009, 174 ss.

venga esercitato da un altro consigliere eletto dal sindacato ¹²⁷.

Nell'ipotesi da ultimo richiamata, cioè nel caso in cui il socio o il consigliere o il direttore si astengano dal votare in modo conforme al patto, la *legitimidade substitutiva* prevista dal § 9 è considerata pienamente legittima. Non può, infatti, sostenersi che la parte sostituita non abbia espresso la propria volontà, atteso che, al contrario, il rimedio si giustifica proprio perché la volontà di adempiere ai doveri derivanti dall'accordo si considera espressa al momento della stipulazione dello stesso ¹²⁸.

Cercando di sintetizzare i problemi che la disposizione ha posto e con l'intento di segnalare i punti di contatto con il dibattito che in altri ordinamenti, ma specialmente nel nostro, è sorto intorno ai sindacati di gestione, ci si limiti a richiamare quanto segue: *i)* non è pacifico che gli accordi di gestione rientrino nella nozione di *exercício do poder de controle* ¹²⁹ di cui all'art. 118; *ii)* tali accordi devono in ogni caso essere coordinati con il principio generale secondo il quale gli amministratori sono tenuti ad agire in maniera indipendente e a perseguire l'interesse della società (art. 154, *l. S/A*).

In merito al primo profilo, va detto che una parte consistente della dottrina brasiliana ¹³⁰ ritiene che il "controllo" sia, in primo luogo, quello esercitato dagli aderenti all'accordo nei confronti di alcuni membri del consiglio di amministrazione ¹³¹, in virtù di patti che vincolano gli amministratori eletti dal

¹²⁷ Sottolinea M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas, cit.*, 214 e, più ampiamente, 243 ss. che esistono due sistemi per ottenere il rispetto dell'accordo: o il procedimento giudiziale o arbitrale volto ad ottenere il riconoscimento della natura dell'accordo e la sua esecuzione specifica (art. 118, § 3, *l. S/A*); oppure la *declaração substitutiva de voto* prevista dal § 9.

¹²⁸ In questo senso, M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas, cit.*, 244.

¹²⁹ Sulla nozione di controllo nel diritto societario brasiliano, cfr. M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas, cit.*, 189 ss.

¹³⁰ Oltre agli Autori già diffusamente richiamati (principalmente, M. CARVALHOSA e N. EIZIRIK), aderiscono a questa tesi anche P. C. ARAGÃO, *Disciplina do Acordo de Acionistas*, in *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controversas da Lei nº10.303, de 31.10.2001*, diretto da J. LOBO, Forense, Rio de Janeiro, 2002; J. L. BULHÕES PEDREIRA, *Acordo de Acionistas Sobre Controle de Grupos de Sociedades. Validade da estipulação de que os membros do Conselho de Administração de controladas devem votar em bloco segundo orientação definida pelo grupo controlador*, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 2002, 15, 226 ss.

¹³¹ Cfr. N. EIZIRIK, *Acordo de acionistas, cit.*, 50 secondo il quale «na maioria dos casos, o poder de controle é exercido primeironos órgãos da administração da companhia, para, depois, exprimir-se na assembléia geral». Poisizione ribadita dallo stesso in ID., *Temas de direito societário*, Renova, Rio de Janeiro, 2005, 33.

sindacato a votare secondo quanto deciso a maggioranza in una precedente riunione (*reunião prévia*) dello stesso ¹³². Tuttavia, un accordo del tipo appena richiamato non può riferirsi indifferentemente a qualsiasi materia di carattere gestorio ma deve *espressamente* riferirsi a determinate deliberazioni di carattere rilevante e straordinario. Al contrario, pare doversi escludere l'ammissibilità di patti che vincolino gli amministratori nell'attività di gestione corrente della società, rispetto alla quale prevale il dovere di indipendenza (art. 154 *l. S/A*) ¹³³.

Questa opinione non è unanime. Altra parte della dottrina brasiliana ritiene che non possano farsi rientrare nella nozione di controllo (*acordos de controle*) quegli accordi tra soci che *vincolano* gli amministratori. Secondo questa seconda tesi, infatti, il potere di controllo di cui al § 116 della *l. S/A* è unicamente quello esercitato mediante l'esercizio del voto nell'assemblea generale. Non possono ammettersi, invece, vincoli diretti sull'attività dell'organo gestorio, la cui indipendenza sarebbe altrimenti pregiudicata. Secondo i sostenitori di questa tesi, peraltro, la novella del 2001, nella parte in cui sembra avere legalizzato gli accordi che vincolano gli amministratori, ha creato un effetto distorsivo del mercato consentendo di fare ciò che la legge vieta e, cioè, spogliare l'organo amministrativo delle proprie competenze ¹³⁴.

Si veda, però, C. A. DA SILVEIRA LOBO, *Acordo de acionistas*, cit., 441 ss., dove l'esercizio del controllo è comunque ancora al possesso della maggioranza dei voti nell'assemblea generale e, quanto al potere di dirigere l'operato degli amministratori, esso presuppone il fatto che gli azionisti detengono una partecipazione complessivamente in grado di garantire loro il diritto di eleggere la maggioranza degli amministratori.

¹³² Così, con riferimento agli *acordos de controle*, M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, cit., 211 ss. e, in particolare, 115, dove si legge «*Por meio dessa modalidade de acordo, os acionistas signatários instituem uma comunhão para, assim, exercer o controle societário, razão pela qual convencionam realizar uma reunião prévia a cada deliberação atribuída aos órgãos sociais (conselho de administração, diretoria e assembleia geral)*».

¹³³ Cfr. M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, cit., 116: «*O vínculo se refere à condução política da empresa, ou seja, à direção do processo empresarial, a cargo dos controladores, e desde que expressamente previstas e exaustivamente elencadas tais matérias no texto do respectivo acordo de controle*».

¹³⁴ Cfr. G. FRANCO, *A Nova Lei das S.A. e o Conselheiro Laranja*, in www.econ.puc-rio.br, 2001; M. I. BOCATER, J. LAUDO DE CAMARGO, *Conselheiros Laranja*, in www.econ.puc-rio.br, 2002; P. F. C. SALLES DE TOLEDO, *Modificações Introduzidas na Lei das Sociedades Por Ações, Quanto à Disciplina da Administração das Companhias*, in *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas* ², diretto da JORGE, LOBO, Rio de Janeiro, 2002, 423, secondo il quale: «*Pela nova regra introduzida pelo §8º do art. 118 da LSA, o presidente do Conselho de Administração*

Venendo al secondo profilo, si ricorda ¹³⁵ che la compatibilità tra la funzione degli amministratori e la conclusione di accordi parasociali volti a vincolarli era dibattuta anche prima del 2001. Già allora, peraltro, poteva dirsi prevalente l'orientamento favorevole, sul presupposto che non vi fossero disposizioni legali (neppure il § 154 *l. S/A*) che impedissero ai soci di orientare la condotta (*rectius* il voto) degli amministratori eletti e che, in ogni caso, questi accordi operassero su un piano distinto da quello sociale e non fossero, perciò, opponibili alla società o ai terzi ¹³⁶.

A questa opinione si contrapponeva quella di chi riteneva di dovere ravvisare proprio nel § 154 e nel dovere di indipendenza degli amministratori il principale indice di invalidità degli accordi sulla gestione.

Dopo la novella del 2001, i termini del dibattito sono mutati profondamente: se si assume che gli accordi sulla gestione rientrano nella nozione di esercizio del controllo, questi hanno cessato di avere efficacia *inter partes* e sono diventati opponibili *erga omnes*.

Anche nella vigenza della nuova disciplina, autorevole dottrina brasiliana continua a ritenere che non sussistano ragioni per invalidare i sindacati di gestione. Ed infatti, non vi sarebbe incompatibilità tra il dovere degli amministratori di perseguire l'interesse sociale (art. 154 *l. S/A*) e tali accordi, perché dal combinato disposto del § 2 dell'articolo 118 e dell'articolo 116 (che fissa i doveri dell'azionista di controllo) deriva che gli stessi accordi aventi ad oggetto l'esercizio del controllo debbano conformarsi all'interesse sociale ¹³⁷.

passa a ter o poder de desconsiderar 'o voto proferido com infração a acordo de acionistas devidamente arquivado.' O dispositivo contraria as modernas conquistas da governança corporativa, e confere ao chairman – normalmente eleito pelo controlador, quando não se tratar do próprio – o poder de controlar o órgão, na medida em que impõe aos conselheiros o dever de votar num determinado sentido, sob pena de não ser computado seu voto. Com isso, o conselheiro tem prejudicada uma de suas características fundamentais: a autonomia».

¹³⁵ N. EIZIRIK, *Acordo de acionistas*, cit., 49 s.

¹³⁶ Cfr. M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, cit., 245.

¹³⁷ In questo senso, M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, cit., 246 ss.; N. EIZIRIK, *Acordo de acionistas*, cit., 50 ss.; ID., *Temas de direito*, cit., 31 ss.

In particolare, il § 2, art. 118 *l. S/A.*, dispone che «*Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117)*». L'art. 116 della stessa legge fissa i doveri dell'azionista di controllo, disponendo che questo deve agire nell'interesse della società (in particolare l'unico paragrafo recita «*O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e*

Inoltre, la questione della conformità degli accordi all'interesse sociale va affrontata tenendo conto degli effetti che il rispetto del patto può produrre in presenza di *determinate circostanze*. Più chiaramente, se le circostanze concrete in cui deve adottarsi la deliberazione sono tali per cui il rispetto dell'accordo condurrebbe ad una violazione dell'interesse sociale, allora l'accordo è come "sospeso" e il socio o il consigliere di amministrazione hanno il *dovere* di disattenderlo, proprio in ragione del principio generale per cui chi detiene un potere di controllo deve esercitarlo nel rispetto dell'interesse della società ¹³⁸.

Più in generale, in presenza di un accordo contrario all'interesse sociale, la dottrina ha individuato nell'*ineficácia* o nella *nulidade* i rimedi applicabili: la prima opererebbe nei casi simili a quello su richiamato, cioè nelle ipotesi in cui l'esecuzione del patto, *em determinada circunstância*, ha come effetto il pregiudizio dell'interesse sociale ¹³⁹; il patto sarebbe nullo, invece, quando ha contenuto illecito ¹⁴⁰.

L'individuazione dei casi in cui il patto è illecito non è agevole ¹⁴¹ potendo ricorrere tale ipotesi o nel caso in cui l'intenzione dei paciscenti di pregiudicare l'interesse sociale risulti dai termini dell'accordo; oppure quando il patto è formalmente lecito ma è utilizzato per fini contrari all'interesse sociale ¹⁴².

Quanto alla posizione degli amministratori, parte della dottrina brasiliana

responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender»).

¹³⁸ Cfr. M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas, cit.*, 141 ss.

¹³⁹ Cfr. A. DE M. WALD, *Acordos de acionistas e interesses sociais*, in A. WALD, R. GARCIA DA FONSECA, *A empresa no terceiro milênio. Aspectos jurídicos*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005, 87, fa l'esempio del patto relativo alla distribuzione dei dividendi che diviene inefficace nel caso in cui la società si trovi a far fronte a delle difficoltà finanziarie, per cui cessate tali difficoltà il patto torna ad avere la propria efficacia.

¹⁴⁰ Si pensi al caso in cui il patto riconosca a uno dei paciscenti di costituire un'impresa che operi in rapporto di concorrenza con quella cui appartiene. Tale patto sarebbe illecito perché non è compatibile con il diritto brasiliano il fatto di essere al contempo socio di una società e imprenditore concorrente della stessa. Cfr. A. DE M. WALD, *Acordos de acionistas, cit.*, 88.

¹⁴¹ Osserva M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas, cit.*, 141 ss., che, in genere, è al momento dell'attuazione del patto che rileva la sua illiceità, dovendosi concludere che, in tal caso, sarà nullo sia la clausola del patto che la deliberazione adottata in sua esecuzione.

¹⁴² Cfr. W. BULGARELLI, *Problemas de Direito Empresarial Moderno. São Paulo*, in *Revista don Tribunais*, 1989, 210 s., afferma che, in questo caso, ci si trova davanti ad un'ipotesi di simulazione.

ha chiarito che essi sono necessariamente parte *sostanziale* dell'accordo, sottolineando che, ove si ritenesse diversamente, l'esercizio del potere di controllo e, in particolare, l'attuazione del meccanismo di *autotutela* previsto dal § 9 dell'articolo 1118 *l. S/A* non potrebbe trovare giustificazione ¹⁴³.

Pertanto, il dovere di indipendenza degli amministratori e quello generale di perseguire l'interesse sociale (art. 154 *l. S/A*) sono doveri assoluti che non possono essere violati. Rispetto a tali doveri, l'accordo sul controllo attuato mediante le direttive impartite dalla maggioranza degli azionisti del sindacato agli amministratori eletti con il proprio voto non solo non pregiudica tali doveri ma ne è espressione. Gli amministratori vincolati, infatti, non sono rappresentanti degli interessi dei soci sindacati ma dell'intera società e del suo interesse. Ne deriva che tali accordi devono essere rispettati e la loro violazione è illecita in quanto implica la violazione dell'interesse sociale che in essi trova espressione (e costituisce la *ratio* del meccanismo di *autotutela* previsto dal § 9). Al contempo, l'accordo che imponga all'amministratore una condotta contraria all'interesse sociale *non* deve essere rispettato in quel caso specifico ¹⁴⁴.

Anche questo punto, tuttavia, non è pacifico e come già ricordato continua a esistere una componente consistente della dottrina brasiliana che ritiene che gli accordi che vincolano gli amministratori siano in sé illegali, nella misura in cui pregiudicano l'indipendenza degli amministratori privandoli, appunto, della libertà di scegliere come esercitare il proprio voto ¹⁴⁵.

Inoltre, si noti che la dottrina brasiliana contempla anche gli accordi conclusi tra i soci e i terzi e volti, tra l'altro, a vincolare l'attività degli organi amministrativi. Il caso più ricorrente è quello in cui il terzo è un investitore che intende garantirsi un'ingerenza sulla gestione e, così, il controllo dell'andamento della società debitrice.

Accordi di questo tipo sono molto rilevanti nella prassi ma la legge non ne regola espressamente l'efficacia. Sul punto la dottrina ha chiarito che, affinché

¹⁴³ È parte colui il cui interesse è coinvolto e gli amministratori sono parte sostanziale dell'accordo perché titolari dell'interesse oggetto dell'accordo di controllo atteso che senza l'intervento degli amministratori sarebbe impossibile realizzare il fine ultimo del patto di controllo. In questo senso, M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, cit., 2015, 239 ss.

¹⁴⁴ Cfr. M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, cit., 243 ss.; N. EIZIRIK, *Temas de derecho*, cit., 31 ss.

¹⁴⁵ Si vedano i riferimenti contenuti alla nota 134 del presente capitolo, cui si rinvia.

l'accordo sia opponibile anche alla società *ex* articolo 118 *l. S/A* è necessario che il terzo divenga azionista. Peraltro, in questo caso il finanziatore non viene ad assumere, almeno formalmente, lo *status* di *controlador* ai sensi dell'articolo 116 ma, di fatto, la sua presenza incide sull'esercizio del potere di controllo da parte della maggioranza della compagine parasociale. In altri termini, il finanziatore, pur detenendo una partecipazione minoritaria all'interno del sindacato, può imporre la propria volontà attraverso un potere di veto e così vincolare indirettamente gli amministratori. Anche in questo caso, però, varrà quanto detto e la clausola che attribuisce il diritto di veto al terzo finanziatore, divenuto azionista, sarà pienamente efficace purché circoscritta a materie determinate di carattere rilevante e straordinario ¹⁴⁶.

Vale la pena segnalare, in conclusione, che da uno studio del 2012 sull'impatto degli accordi tra soci, vincolanti l'organo amministrativo, sul funzionamento delle società quotate e promosso dall'*Istituto Brasileiro de Governança Corporativa* ¹⁴⁷, emerge che tali accordi sono molto diffusi nella prassi, a conferma del fatto che, a prescindere dall'impostazione dogmatica che si voglia dare al problema, nulla impedisce che tali patti siano stipulati e producano effetto, anche se parte della dottrina li ritiene nulli ¹⁴⁸.

Proprio i dati forniti dallo studio rivelano, inoltre, che le clausole più diffuse sono quelle che subordinano il voto degli amministratori alla previa deliberazione dei paciscenti in tutte le materie (per tutte le deliberazioni all'ordine del giorno, c.d. *cláusulas guarda-chuva*) rispetto ad altre che, invece, vi subordinano materie specifiche, espressamente individuate (c.d. *cláusulas específicas*) ¹⁴⁹. Peraltro, sul punto, gli Autori dello studio osservano che, nella loro opinione, dovrebbero considerarsi sempre nulle sia le clausole generiche sia quelle specifiche che assoggettano alla previa deliberazione dei paciscenti le

¹⁴⁶ Cfr. M. CARVALHOSA, *sub art. 118, cit.*, 811 ss.

¹⁴⁷ Cfr. E. GORGA, M. GELMAN, *O esvaziamento crescente do Conselho de Administração como efeito da vinculação de seu voto a acordos de acionistas no Brasil*, studio che ha vinto il primo premio al *Prêmio IBGC Itaú Academia e Impresa*, in *www.ibgc.org.br*, 2012.

¹⁴⁸ Si osserva, infatti, che la vera questione consisterebbe nel capire se, nella realtà, questi accordi effettivamente promuovono l'interesse della società oppure se si tratta di un mezzo per depotenziare (*esvaziamento*) il consiglio di amministrazione, soluzione, quest'ultima, per la quale lo studio chiaramente propende (cfr. E. GORGA, M. GELMAN, *O esvaziamento crescente, cit.*, 9).

¹⁴⁹ Cfr. E. GORGA, M. GELMAN, *O esvaziamento crescente, cit.*, 12 ss.

deliberazioni di competenza esclusiva (non delegabile) del consiglio di amministrazione. Ed infatti, questo sembrerebbe essere, dalla lettura dello studio, il profilo di maggiore attrito degli accordi in commento sul sistema di governo societario. Gli Autori osservano che gli articoli 139 e 142 della *lei S/A* definiscono l'insieme delle competenze non delegabili ad alcun organo; l'effetto degli accordi vincolanti gli amministratori sarebbe proprio quello di realizzare una delega dei poteri gestori ai soci, con il risultato che saranno questi a decidere attraverso l'organo amministrativo che diviene un mero strumento ¹⁵⁰.

Tale sistema altererebbe profondamente i meccanismi di *corporate governance*, soprattutto delle società quotate, dove, in teoria, vige la regola della trasparenza degli assetti proprietari e dei centri di controllo; nella pratica, non è possibile verificare se l'attività degli amministratori è una mera esecuzione di direttive esterne - delle quali, si ritiene, *non* può presumersi la conformità all'interesse sociale - atteso che le riunioni degli organi del sindacato e le istruzioni che ne derivano non sono conoscibili ¹⁵¹.

1.1.3. (segue) Gli interessi degli amministratori.

Considerato l'itinerario argomentativo finora percorso e i punti di contatto tra l'esperienza nazionale e quelle straniere, specie tedesca, è emerso che è prevalente l'opinione secondo cui il sistema di ripartizione delle competenze tra gli organi sociali sia retto da norme di carattere imperativo e che ciò, unitamente ai doveri fiduciari imposti agli amministratori, implichi la nullità di qualsiasi accordo che assegni a soci o terzi il diritto di influire sulla gestione e, quindi, di limitare la discrezionalità degli amministratori.

Un ulteriore profilo di inammissibilità che viene sovente posto in evidenza attiene al fatto che accordi del genere determinerebbero un conflitto di interessi potenziale ma *permanente* in capo agli amministratori. Questi, infatti, si troverebbero nella situazione di dovere perseguire due categorie di interessi, quello sociale e quello "privato" dei partecipanti all'accordo, tra loro, almeno potenzialmente, confliggenti.

Secondo un principio generale, gli amministratori sono tenuti ad

¹⁵⁰ Cfr. E. GORGA, M. GELMAN, *O esvaziamento crescente*, cit., 13.

¹⁵¹ Cfr. E. GORGA, M. GELMAN, *O esvaziamento crescente*, cit., 16.

adempiere la propria funzione da una posizione di neutralità a garanzia della tutela dei molteplici interessi che generalmente confluiscono in quello sociale. Il dovere di essere neutrali, inteso come il divieto di farsi portatori di interessi particolari, troverebbe consacrazione nella disciplina che regola gli interessi degli amministratori. Anche in questo caso con notevoli differenze tra la società per azioni e la società a responsabilità limitata.

L'art. 2391 c.c. impone agli amministratori di s.p.a. di dare notizia al collegio sindacale e, se si tratta di amministratore unico, alla prima assemblea utile di *ogni* interesse ¹⁵² che, per conto proprio o di terzi, essi abbiano in una determinata operazione della società. A questo obbligo di comunicazione se ne accompagnano altri di astensione (ma non per l'amministratore unico) e di adeguata motivazione con un corredo di sanzioni che ne garantiscono l'adempimento ¹⁵³.

Il rigore delle previsioni di cui all'art. 2391 c.c., da un lato, caratterizzerebbe la posizione degli amministratori come gestori di impresa nell'altrui interesse; dall'altro, sarebbe espressione di una generale esigenza di trasparenza nella gestione ¹⁵⁴.

¹⁵² Con la nuova formulazione dell'art. 2391 c.c. sarebbe stato sottratto all'amministratore qualsiasi onere di autovalutazione della rilevanza dell'interesse vantato sebbene dottrina autorevole ritiene che persista una soglia minima al di sotto della quale non scatti alcun obbligo di notizia e che invece tale obbligo sussista quando l'interesse è rilevante, cioè non marginale.

Peraltro, è discusso se la disciplina si applichi anche nel caso di interesse conforme a quello sociale atteso il riferimento a *ogni* interesse. Cfr. G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, 2, Utet, Torino, 2007, 588 ss.; V. MELI, *La disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *AGE*, 2003, I, 155 ss.; P. SANFILIPPO, *Gli amministratori*, in AA. VV., *Diritto Commerciale*, a cura di M. CIAN, II, Giappichelli, Torino, 2014, 458 ss.; L. ENRIQUES, A. POMELLI, *sub art. 2391. Interessi degli amministratori*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, t. 1, artt. 2325 - 2396, Cedam, Padova, 2005, 758 ss.; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391. Interessi degli amministratori*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L. A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, artt. 2380 - 2396, Giuffrè, Milano, 2005, 423 ss.

¹⁵³ Sulle modifiche introdotte dalla riforma e sulle questioni che ne derivano, cfr. G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., 581 ss.

¹⁵⁴ Cfr. *Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, cit.*, 129.

Si osserva, tuttavia, che se le fattispecie dell'omessa o insufficiente comunicazione dell'interesse o dell'omessa o insufficiente motivazione da parte dell'organo risultano coerenti rispetto a tale finalità, sembra che la terza fattispecie (deliberazioni dell'organo collegiale assunte con il voto determinante dell'amministratore interessato) incida, invece, su un

Tali esigenze di neutralità e trasparenza mal si concilierebbero con la conclusione di un patto di gestione, atteso che questo pregiudicherebbe l'una e l'altra, assoggettando l'operato degli amministratori a interessi esterni e rendendo opaco il sistema di governo della società.

Proseguendo nel ragionamento, a nulla varrebbe il fatto che l'interesse sotteso al patto fosse compatibile con quello sociale, eventualmente anche coincidente con esso, atteso che la disciplina richiamata impone un atteggiamento di neutralità rispetto a *qualsiasi* interesse ¹⁵⁵.

A diversa conclusione potrebbe giungersi ove il patto si riferisse ad una società a responsabilità limitata. In questo caso l'art. 2475-ter c.c. significativamente regola non gli interessi in genere ma l'ipotesi particolare di *contratto* concluso in *conflitto* di interessi. Di conseguenza, l'amministratore potrebbe legittimamente farsi portatore di un interesse proprio purché non confliggente con quello della società. Anche questo profilo non sembrerebbe frapporre particolari ostacoli alla conclusione di un sindacato di gestione riferito a una s.r.l. ¹⁵⁶

Tuttavia, tornando alla s.p.a., se si guarda alla *ratio* della disciplina, cioè alla finalità di dar vita ad un sistema trasparente di governo societario, ci si potrebbe chiedere se essa non si applichi, anche quando l'interesse di cui l'amministratore è portatore è «per conto di terzi», cioè per conto degli aderenti a un sindacato di gestione. O, eventualmente, anche «per conto proprio», ove egli stesso abbia preso parte al patto. Se, come ragionevolmente potrebbe ritenersi, la risposta a questo interrogativo è positiva, la disciplina che regola gli

problema di patologia della gestione sociale, finalità prevalente nella vigenza del vecchio art. 2391 c.c. In dottrina si vedano G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., 592; P. MARCHETTI, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1229.

¹⁵⁵ Per garantire stabilità alle decisioni dell'organo amministrativo, la deliberazione assunta in violazione degli obblighi posti dall'articolo 2391 c.c. è impugnabile qualora possa arrecare danno alla società.

¹⁵⁶ Sulla *ratio* della diversa disciplina dettata, in materia di interessi degli amministratori, per la società a responsabilità limitata cfr. M. PERRINO, *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, 3, Utet, Torino, 2007, 557 ss.; E. LOFFREDO, *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. e la collocazione del tipo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 653 ss.; R. SACCHI, *Conflitto di interessi - La disciplina*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. A. DOLMETTA - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2011, 621 s.

interessi degli amministratori costituisce una prima occasione di emersione a livello sociale del patto parasociale oltre che un momento di verifica della conformità dello stesso all'interesse sociale ¹⁵⁷ (senza che ciò possa condurre a

¹⁵⁷ La disciplina degli interessi degli amministratori rivelerebbe, così, delle possibili interferenze con il tema del ruolo di governo dei soci (osserva P. MARCHETTI, *Il conflitto di interessi*, cit., 1254 che «il *safe harbour* costituito dall'insindacabilità delle scelte gestionali anche nel nostro ordinamento è assai meno presidiato allorché la scelta gestionale sia viziata da conflitto di interessi»).

In questo senso, vi è chi ritiene possibile che l'amministratore richieda un'autorizzazione preventiva all'assemblea o che il collegio sindacale si attivi in tal senso, una volta ricevuta la «notizia» dell'interesse di cui al primo comma dell'art. 2391 c.c. (per questa opinione si veda G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 23, nt. 45; si vedano anche M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 474 ss.; L. ENRIQUES, A. POMELLI, *sub art. 2391*, cit., 767. Sulla possibilità di derogare per tale via al principio di esclusività della funzione gestoria si veda G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., 596 ss.), sebbene il legislatore non abbia menzionato la possibilità di un'autorizzazione assembleare, onde evitare di snaturarne «le caratteristiche di assoluta estraneità ad ogni compito gestorio» (cfr. la *Relazione alla riforma*, cit., 274). Fermo restando, in ogni caso, che la verifica o l'autorizzazione eventualmente concessa in occasione della ricezione della «notizia» non varranno né a limitare la discrezionalità dell'amministratore né ad esimerlo da responsabilità.

Pertanto, immaginare che l'amministratore «influenzato» da un sindacato di gestione e, quindi, portatore di un interesse di cui sia obbligato a dare notizia, in ordine al quale richieda l'autorizzazione assembleare (secondo l'opinione richiamata), rimanda alla questione complessa delle competenze gestorie dell'assemblea dei soci che, come si vedrà nei paragrafi a seguire (*infra*, par. 1.2 e 1.3 del presente capitolo), continua ad animare il dibattito e conduce autorevole dottrina ad assumere posizioni diverse propendendo, o per un persistente sistema di competenze implicite (questa l'opinione di G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 10 ss.) oppure per un sistema in cui le competenze gestorie sono inequivocabilmente assegnate, ormai in via esclusiva, all'organo amministrativo ma resta all'assemblea la non meno importante funzione di *moral suasion* da esercitarsi tutte le volte in cui, con riferimento a questioni di particolare rilievo, l'obbligo di buona fede imponga agli amministratori di informare i soci (questa è l'opinione di P. ABBADESSA, *La competenza assembleare*, cit., 14 s.).

Pertanto, proprio prendendo le mosse dall'opinione da ultimo richiamata ci si potrebbe chiedere se l'obbligo degli amministratori di dare notizia di qualsiasi interesse e il fatto che gli stessi siano in qualche misura influenzati da un sindacato di gestione non possa costituire una questione rilevante e se gli amministratori non possano «approfittare» di questa sede per informare l'assemblea dei soci dell'esistenza del patto o, più probabilmente, dell'esistenza di un interesse corrispondente a quello di cui sono portatori i soci sindacati rispetto al compimento di una determinata operazione gestoria. L'assemblea, a sua volta, non sarà chiamata ad autorizzare gli amministratori a seguire le direttive dei soci sindacati o a disattenderle, potrà invece esprimere una propria opinione sulla convergenza degli interessi di cui si è ricevuta notizia rispetto a quello sociale e così fornire un elemento ulteriore di cui gli amministratori terranno conto durante il processo decisionale che precede l'adozione di un atto di gestione e che è la sede principale in cui si esplica la discrezionalità dell'organo gestorio.

Si noti, per inciso, che V. MELI, *La disciplina degli interessi*, cit., 159, osserva che corrisponda allo spirito della norma ritenere che «l'informativa, per essere completa, debba contenere anche una valutazione dell'amministratore sulle ragioni per cui la società potrebbe

una confusione tra piano sociale e piano parasociale).

Se si accede a un'interpretazione che distingue la valutazione del sindacato di gestione in sé e in generale dalla valutazione dei suoi effetti e se si ammette la distinzione tra sindacati 'forti', nulli perché sovversivi dei principi cardine dell'ordinamento societario, e sindacati meno forti, da valutarsi anche in termini di meritevolezza degli interessi perseguiti, vale ribadire che il patto conserva un'efficacia meramente obbligatoria in quanto si limita a creare rapporti tra gli aderenti, senza potere essere opposto alla società o ai terzi, e che acquista efficacia *indirettamente* corporativa soltanto con la sua attuazione, *rectius* con la traduzione delle direttive del sindacato in atti gestori, da parte degli amministratori, alla cui discrezionalità essa è rimessa.

Il momento attuativo del patto diviene quindi centrale per un controllo sulla meritevolezza dei suoi effetti e le circostanze in cui esso ha luogo appaiono in tutto simili a quelle che ricorrono quando l'amministratore abbia un interesse «in una determinata operazione» ai sensi dell'art. 2391 c.c.¹⁵⁸.

Un argomento utile in tal senso, potrebbe trarsi ancora dalla disciplina dei gruppi, come ipotesi attuativa di ingerenza sulla gestione. È discussa, ma non sembrerebbe esservi ragione per escluderla, l'applicabilità dell'art. 2391 c.c. all'amministratore della società del gruppo che sia portatore dell'interesse della capogruppo per essere da questa influenzato anche in via di fatto¹⁵⁹.

comunque ricavare un vantaggio (o, comunque, non subire un danno) dall'approvazione della deliberazione».

¹⁵⁸ Sul rimedio impugnatorio e sulla valutazione della potenzialità del danno in termini di «probabile conformità-contrarietà all'interesse sociale» da valutare *ex post* si veda G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., 592 ss. con richiami a D. MAFFEIS, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata. (Alcune) prime osservazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, III, 517 ss. e ID., *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2002, 521 ss.

¹⁵⁹ Secondo G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., 590 s., l'interesse della società che esercita attività di direzione e coordinamento o l'interesse dell'intero gruppo non sono necessariamente coincidenti con quello della società diretta. Ne deriva che l'amministratore della controllata, che sia portatore di quegli interessi, è soggetto agli obblighi di cui all'articolo 2391 c.c. Rilevante a tale fine è, secondo l'Autore, la disciplina dei vantaggi compensativi che, da un lato, conferma la possibilità che le due categorie di interessi non coincidano, dall'altro, importa che solo l'esistenza di tali vantaggi possa annullare il pregiudizio arrecato alla società diretta. Nello stesso senso, cfr. M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 468 ss., il quale osserva che il fatto che gli artt. 2497 ss. c.c. legittimino l'attività di direzione e coordinamento non è sufficiente ad escludere l'applicabilità dell'art. 2391 c.c. Secondo l'Autore, infatti, le due discipline assolvono a finalità diverse: mentre l'art. 2497 c.c. prevede la

Secondo Minervini l'interesse della società che esercita attività di direzione e coordinamento o dell'intero gruppo non è necessariamente coincidente con quello della società diretta. Ne deriva che l'amministratore della controllata che sia portatore di quegli interessi sia soggetto agli obblighi di cui all'articolo 2391 c.c. Rilevante a tale fine è, secondo l'Autore, la disciplina dei vantaggi compensativi che, da un lato, conferma la possibilità che le due categorie di interessi non coincidano, dall'altro, importa che solo l'esistenza di tali vantaggi

responsabilità civile della capogruppo che arrechi un pregiudizio ai soci o ai creditori della società diretta, agendo in violazione dei principi di corretta gestione societaria; l'art. 2391 c.c. prevede obblighi e rimedi volti a garantire che il procedimento decisionale interno agli organi amministrativi di *tutte* le società, anche della società che esercita direzione e coordinamento, non venga distorto dalla presenza di interessi extrasociali. Quanto alla questione che, trattandosi di interesse di gruppo, questo comprenderebbe quello della società diretta e non sarebbe, quindi, "extrasociale" in senso proprio, Ventrone sottolinea che la disciplina di cui all'art. 2391 c.c. si applica a qualunque interesse e che, semmai, la sua applicazione, astrattamente possibile, potrebbe essere esclusa, nel caso concreto, in ragione delle particolari caratteristiche dell'operazione posta in essere. Infine, problema specifico sarebbe quello dei costi di un'applicazione rigorosa dell'art. 2391 c.c. ai gruppi di società nel caso, assai frequente nella prassi, di amministratore delegato della società diretta che sia anche amministratore della capogruppo. Il dovere di astenersi e di rimettere la decisione all'intero consiglio, con tempi di convocazione e deliberazione molto lunghi, sarebbe incompatibile con le esigenze della gestione, soprattutto ove le operazioni infragruppo fossero particolarmente frequenti. Rispetto a questo profilo, Ventrone suggerisce alcuni rimedi, come la possibilità di costituire un comitato *ad hoc*, all'interno del consiglio di amministrazione, che si riunisca e deliberi con maggiore celerità oppure il rilascio di una delega preventiva da parte del consiglio a compiere le operazioni infragruppo (anche se la lettera della norma richiede l'astensione e un intervento *ad hoc* del consiglio).

Contra G. GUZZI, *sub art. 2391*, in *Commentario Niccolini - Stagno d'Alcontres*, II, artt. 2380 - 2448 c.c., Jovene, Napoli, 2004, 667 s., il quale ritiene l'art. 2391 c.c. inapplicabile nelle società soggette a direzione e coordinamento, argomentando a partire dall'obbligo di motivazione *ex art. 2497-ter* c.c. Secondo l'Autore, la norma sarebbe rilevante, intanto, perché imporrebbe un obbligo di motivazione corrispondente a quello che l'art. 2391 c.c. prescrive per le deliberazioni su operazioni a cui si correlano interessi di cui gli amministratori sono portatori per conto proprio o di terzi. L'inapplicabilità della norma generale di cui all'art. 2391 c.c. spiegherebbe la previsione di una disposizione *ad hoc*. Inoltre, sarebbe significativo che l'obbligo di adeguata motivazione, *ex art. 2497-ter* c.c., sussista *solo* quando le scelte dell'organo gestorio siano influenzate dall'esercizio del potere direttivo. In questo senso, nell'opinione di Guzzi, l'art. 2497-ter c.c. comporterebbe il riconoscimento implicito della legittimità della partecipazione degli amministratori designati dalla capogruppo alle deliberazioni dell'organo amministrativo della società diretta. Indicativo sarebbe, poi, il tipo di motivazione richiesta dall'art. 2497-ter c.c. rispetto a quella prescritta dall'art. 2391. Ed infatti, mentre tale ultima disposizione impone di illustrare la convenienza dell'operazione rispetto all'interesse della società, sebbene in grado di soddisfare anche l'interesse di cui un amministratore sia portatore per conto proprio o di terzi; l'art. 2497-ter c.c. mira, piuttosto, a individuare gli interessi - della *holding*, delle altre società del gruppo e del gruppo nel suo complesso - che sono alla base della deliberazione e che rilevano nel processo formativo della stessa.

possa annullare il pregiudizio arrecato alla società diretta.

1.2. Il rapporto con l'organo assembleare.

Nella sua forma più tradizionale di patto tra soci, il sindacato di gestione sembrerebbe interferire con un altro dei capisaldi del sistema di governo delle società di capitali: il rapporto tra assemblea e potere gestorio.

Sebbene il patto coinvolga in genere una frazione numericamente ridotta di soci e non l'assemblea in quanto tale (e ciò, chiaramente, anche nel caso di patto totalitario), il tema dell'ammissibilità dell'ingerenza sulla gestione per mezzo di un patto parasociale attinge al dibattito sul ruolo di governo dei soci riuniti in assemblea ¹⁶⁰.

Si è già ricordato che il sistema che è scaturito dalla riforma del 2003 ha determinato una profonda erosione delle competenze dell'assemblea della s.p.a. Ciò è avvenuto, principalmente, attraverso l'abrogazione del n. 4 dell'art. 2364 c.c., che riconosceva all'assemblea il potere di *deliberare* sulle materie sottoposte alla sua approvazione dagli amministratori. Vi hanno significativamente contribuito, inoltre, sia l'introduzione del modello dualistico, con il conseguente trasferimento di competenze a favore del consiglio di sorveglianza, sia le numerose norme che hanno esteso le competenze degli amministratori, consentendo loro di incidere anche sugli aspetti finanziari e sulla struttura proprietaria della società ¹⁶¹.

Se ciò è vero, pare che il potere decisionale gestorio dell'organo assembleare non sia completamente scomparso e che residuino delle forme di influenza indiretta sulla gestione.

Tra i canali di accesso alla sfera gestoria possono, intanto, richiamarsi il potere di nomina e di revoca degli amministratori o il potere di deliberare

¹⁶⁰ Si ricordi che, prima della riforma del 2003, alcuni autori traevano dalla previsioni di cui all'art. 2364, co. 1, n. 4, c.c. alcuni argomenti a favore della liceità di limiti parasociali al potere degli amministratori. Cfr. L. BUTTARO, *Sui patti parasociali e sull'evoluzione dell'arbitrato*, in *Atti del convegno "L'arbitrato, i patti parasociali: prospettive per il notariato"*, Bari, 20 - 21 ottobre 1989, 115, il quale faceva comunque salve le competenze inderogabili dell'organo amministrativo. *Contra* F. BONELLI, *Sintesi dei risultati del convegno*, cit., 482, secondo il quale il riferimento all'art. 2364 c.c. non era sufficiente atteso che l'opinione prevalente era nel senso di ritenere le deliberazioni assembleari non vincolanti.

¹⁶¹ Il riferimento è da intendersi, ad esempio, all'esclusione del diritto di opzione, alla possibilità di costituire patrimoni destinati o di deliberare l'emissione di strumenti finanziari.

l'azione sociale di responsabilità.

Anche sulla scorta delle considerazioni della dottrina straniera ¹⁶², si ritiene, poi, che il potere autorizzatorio, ora previsto dell'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c., continui a costituire uno dei momenti attuativi dell'ingerenza sulla gestione da parte dell'assemblea dei soci, quantomeno quando l'autorizzazione richiesta non venga concessa ¹⁶³. Il punto non è unanimemente condiviso ¹⁶⁴ ma l'opinione favorevole argomenta nel senso che la negazione dell'autorizzazione corrisponderebbe a un diritto di veto e, quindi, a «una penetrante ingerenza *in senso ostativo* al potere gestorio dell'organo amministrativo» ¹⁶⁵. Secondo questa tesi, la negazione equivarrebbe al divieto di porre in essere l'operazione. Tra le competenze indirettamente gestorie dell'assemblea dei soci potrebbero richiamarsi anche, infine, quelle attinenti alla struttura organizzativa della società, eventualmente delegabili agli amministratori, quali l'aumento e la riduzione del capitale sociale, la fusione e la scissione, l'emissione di obbligazioni convertibili.

Quanto poi all'esistenza di eventuali limiti alle categorie di atti sottoponibili all'autorizzazione assembleare, sembrano riproporsi le medesime questioni che si ponevano prima del 2003 e sembra doversi giungere alle medesime conclusioni.

Andrebbe esclusa, pertanto, la possibilità di richiedere l'autorizzazione su atti di gestione corrente al fine di evitare una paralisi nella gestione della società.

¹⁶² Per la dottrina tedesca ma con riferimento al potere autorizzatorio dell'*Aufsichtsrat*, cfr. J. KOCH, § 111, in *Hüffer Kommentar z. Aktiengesetz* ¹¹, C.H. Beck, München, 2014, Rn. 16.

¹⁶³ Cfr. G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 23 ss.

¹⁶⁴ Per l'opinione secondo la quale si tratterebbe di un'autorizzazione, al più, integrativa della funzione amministrativa, cfr. A. TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale*, cit., 18 s.; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 74 s., il quale osserva che la concezione dell'autorizzazione ex art. 2364, n. 5, c.c. come «rimozione *ab externo* di un limite all'esercizio di un potere originario degli amministratori» è in sé fuorviante perché il significato sarebbe quello di «riserva statutaria alla collettività dei soci di una «frazione» del relativo potere decisionale».

¹⁶⁵ Cfr. G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 26.

Nel senso che l'autorizzazione vada intesa come tale e non come semplice parere e che, quindi, l'atto non autorizzato non possa essere compiuto eccezion fatta per il caso in cui vi sia l'urgenza di evitare un danno alla società, si veda P. ABBADESSA, *La competenza assembleare*, cit., 12. Nello stesso senso, F. VASSALLI, *sub Art. 2380-bis*, cit., 18 s., secondo il quale l'autorizzazione, ove prevista, serve a rimuovere un ostacolo al compimento dell'atto e, se negata, «sembra plausibile che l'organo amministrativo debba astenersi dal compiere l'atto ed è, appunto, questo l'unico precetto che attribuisce un senso giuridico alle norme in esame» (p. 18).

La soluzione sembrerebbe confermata, peraltro, dalla stessa lettera della legge che si riferisce al «compimento *di* atti degli amministratori» (secondo comma) e cioè ad atti determinati e non alla generalità *degli* atti di amministrazione ordinaria¹⁶⁶. Interessante, ancora una volta, il parallelismo con i sindacati di gestione e la possibilità di ricavare da quanto detto rispetto all'assemblea spunti ricostruttivi utili. Ci si limiti ad accennare adesso al fatto che la distinzione tra gestione corrente e alta gestione è frequente quando si affronta il tema dell'ammissibilità di vincoli parasociali sulla gestione. E ciò sia da noi, dove si ritiene che i patti sulla gestione corrente trasformerebbero gli amministratori in mere teste di legno e sarebbero, per questo, inammissibili, sia in seno alla dottrina tedesca dove la distinzione tra *Oberleitung* e *Geschäftsführung* sembrerebbe essere un criterio guida ma, questa volta, nel senso che sarebbero sicuramente illeciti i vincoli sulle materie di alta gestione, per le quali la competenza esclusiva del *Vorstand* sarebbe imprescindibile.

Tornando all'assemblea, resta da chiedersi se, oltre a quelle richiamate, esistano - anche nel nuovo assetto delineato dalla riforma - delle competenze gestorie *implicite* e quali argomenti possano trarsene rispetto alla fattispecie dei sindacati di gestione.

La dottrina che ammette tali competenze non scritte segue un itinerario argomentativo ben saldo sul terreno della regolamentazione normativa¹⁶⁷. Si osserva infatti che la disciplina della s.p.a. attribuisce una competenza implicitamente gestoria all'assemblea dei soci tutte le volte in cui o si prospetti il rischio di una perdita patrimoniale significativa oppure una modifica strutturale che sia in grado di incidere sulla posizione dei soci. In questo senso si

¹⁶⁶ Cfr. P. ABBADESSA, *La competenza assembleare, cit.*, 12. Prima della riforma si vedano ID., *La gestione dell'impresa, cit.*, 42 s.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa, cit.*, 303 ss.

Contra, nel senso che la riserva di competenza a favore dell'assemblea non incontrasse limiti, cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società* ⁵, Utet, Torino, 2002, 372; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, 223 s.

¹⁶⁷ Prima della riforma resta fondamentale l'opera di P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa, cit.*, *passim* ma si vedano anche ID., *L'assemblea: competenza, cit.*, 9, nt. 15; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa, cit.*, 303 ss.

Dopo la riforma, per l'opinione secondo la quale sarebbe possibile continuare a parlare di competenze gestorie implicite dell'assemblea, cfr. G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio, cit.*, 23 ss., V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa, cit.*, 303 ss.

spiegherebbero le regole dettate in materia di riduzione del capitale sociale al di sotto del terzo (art. 2446, co. 1, c.c.) in cui tra gli opportuni provvedimenti di competenza assembleare rientrerebbero anche vere e proprie decisioni aziendali¹⁶⁸. Di particolare rilievo per la ricostruzione del sistema di competenze implicite sarebbero, però, soprattutto gli artt. 2361 e 2497-*septies* c.c.¹⁶⁹.

Tali disposizioni confermerebbero, infatti, che, in presenza di certe operazioni, economicamente rilevanti o in grado di incidere sulla struttura organizzativa della società, spetterebbero all'assemblea competenze che, di norma, sono dell'organo amministrativo. L'assunzione di partecipazioni in società che comportano una responsabilità illimitata¹⁷⁰ o la stipula di contratti di coordinamento tra società, infatti, esporrebbero la società a rischi tali per cui, nonostante la natura intrinsecamente gestionale, sarebbe necessaria l'approvazione dell'assemblea.

Alla luce di ciò, vi è chi¹⁷¹ ha evidenziato che la principale conseguenza che deriverebbe da una lettura che valorizzasse il ruolo dell'assemblea rispetto a decisioni di carattere c.d. primordiale potrebbe essere una distorsione del sistema di tutela dei soci, specie di minoranza, e di responsabilità per la gestione.

E infatti, si osserva che ampliare la sfera di competenza dell'assemblea in materia gestoria significherebbe trasferire i relativi poteri da un organo tenuto ad esercitarli diligentemente e nell'interesse della società ad un organo costituito da soggetti, i soci, legittimati a perseguire il proprio interesse individuale. Verrebbero a ridursi così gli spazi per l'attivazione dei rimedi risarcitori, non potendosi chiamare a risponderne né gli amministratori, che avrebbero dato esecuzione ad un atto rientrante nella competenza (implicita) dell'assemblea, né i soci che hanno deciso l'operazione, perché irresponsabili per il voto espresso in assemblea¹⁷². Neppure potrebbero invocarsi da parte dei

¹⁶⁸ Come la proposizione di un concordato o la riduzione del personale o la modificazione degli indirizzi commerciali secondo G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 27. Nello stesso senso, V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa*, cit., 117 s.; P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, cit., 9, nt. 15.

¹⁶⁹ L'opinione è di G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 29.

¹⁷⁰ Si veda però G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 29 il quale propone una lettura integrata dei commi primo e secondo dell'art. 2361 c.c.

¹⁷¹ Cfr. G. GUIZZI, *sub art. 2380 bis*, cit., 77.

¹⁷² Significativamente dove questo è possibile, come nella s.r.l., esiste una regola di

soci di minoranza i rimedi invalidatori, non potendosi ravvisare vizi del procedimento ma, semmai, un abuso della maggioranza, derivante dalla violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede e ove a questo vizio voglia riconoscersi carattere autonomo ¹⁷³.

Rispetto a tali obiezioni potrebbero richiamarsi gli argomenti che, già in prossimità della riforma, intendevano fugare ogni dubbio proprio in ordine ai rischi che si riteneva derivassero dal riconoscimento di una competenza gestionale implicita dell'assemblea.

Autorevole dottrina ¹⁷⁴ osserva, infatti, che, anche nel sistema delineato dalla Riforma del 2003, continua a non esservi ragione né per escludere la responsabilità degli amministratori per il fatto che questi abbiano agito in attuazione di un delibera assembleare ¹⁷⁵, né per ritenere la minoranza sprovvista di strumenti invalidatori di tutela. Si nota, infatti, che la responsabilità degli amministratori resta ferma atteso che alla discrezionalità di questi è in ultimo rimessa l'attuazione delle deliberazioni assembleari ed, eventualmente, la legittimazione a impugnarle. Quanto alla tutela dei soci di minoranza, questi potrebbero promuovere l'azione di responsabilità di cui all'art. 2393-bis c.c. ¹⁷⁶.

A prescindere dalla accoglibilità di questa tesi che è stata in parte criticata per l'impossibilità oggettiva di continuare a parlare di competenze gestionali implicite dell'assemblea nel vigore dell'art. 2380-bis c.c., è possibile trarne diversi spunti soprattutto per differenziare il fenomeno in discorso

responsabilità "deliberativa" che sembrerebbe indicare che uno spostamento di competenze dagli amministratori ai soci è possibile non solo se normativamente previsto ma anche se a tale spostamento corrisponde un'estensione della responsabilità e quindi la possibilità di attivare una tutela risarcitoria contro chi con il proprio voto abbia favorito una decisione dannosa per la società, cfr. F. GUERRERA, *la responsabilità "deliberativa"*, cit., 64 ss.

¹⁷³ Per la ricostruzione dei termini del dibattito si veda F. BRIZZI, *Compromettibilità in arbitri dell'impugnativa di bilancio e abuso di maggioranza: nuovi spunti di riflessione*, in AA. VV., *Le società nel processo. Spiegazioni di diritto societario e processuale attraverso la giurisprudenza*, a cura di C. CONSOLO - G. GUIZZI - I. PAGNI, Utet, Torino, 2012, 119 ss.

¹⁷⁴ G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 7 ss.

¹⁷⁵ Prima dalla riforma, in questo senso, V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., 107 s.

¹⁷⁶ L'azione esperibile dalla minoranza non era originariamente prevista. Fu introdotta per le società quotate e solo più tardi anche per le società non quotate. Sulla possibilità di invocare un responsabilità da voto si veda G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 10.

dall'influenza derivante da un patto di gestione.

È chiaro che, in termini generali, dal riconoscimento, anche dopo la Riforma del 2003, di un ruolo di governo dei soci - riuniti in assemblea - potrebbero trarsi argomenti utili a favore dell'ammissibilità dei sindacati di gestione, quantomeno nel senso che questi incontrerebbero minori ostacoli ove si ritenesse che a livello parasociale esista una regola implicita per cui l'esclusività della gestione (art. 2380-*bis* c.c.) non è in sé incompatibile con forme di coinvolgimento dei soci. Tuttavia, persistono notevoli differenze.

E infatti, sia che si parli di persistenti competenze implicite sia che si ritenga di ravvisare un ruolo di *moral suasion* che deriva all'assemblea dall'obbligo degli amministratori di agire in buona fede e di informare i soci delle operazioni di maggiore rilievo, ciò che conta è che: *i)* vengono in gioco rapporti *sociali*; *ii)* in particolare, il rapporto tra gli organi; *iii)* le conseguenze per la violazione degli obblighi che ne derivano si ripercuotono sul piano sociale, potendo gli amministratori essere revocati per giusta causa o essere chiamati a rispondere *ex artt. 2392 ss. c.c.*

Lo stesso ragionamento non è riproponibile per i sindacati di gestione che, di regola, si arrestano ad un livello di "ingerenza" precedente quello appena richiamato per il fatto di: *i)* porsi su un piano distinto da quello sociale e costituire un rapporto obbligatorio tra gli aderenti *uti singuli*; *ii)* non instaurare alcun rapporto fiduciario¹⁷⁷ tra i paciscenti e gli organi sociali o i terzi se non, rispetto ai primi, un rapporto con effetti *inter partes* qualora l'amministratore vi aderisca; *iii)* necessitare *sempre* del recepimento delle direttive da parte dell'organo amministrativo per il tramite del quale solamente esse possono avere efficacia "corporativa"; *iv)* non potere incidere sul piano sociale nel caso di atti compiuti difformemente dalle istruzioni impartite dal comitato direttivo.

1.3. Ingerenza nella gestione e competenze implicite.

Nonostante le differenze che si sono messe in luce, è innegabile che il

¹⁷⁷ È questa un'ulteriore differenza tra l'aderente a un sindacato di gestione e un amministratore di fatto. Proprio per il ruolo che questo viene ad assumere agli occhi degli altri amministratori e della società per effetto della sua concreta interferenza su ogni singolo affare costui risponderà della violazione delle regole di corretta gestione che le legge impone agli amministratori nonché dei doveri fiduciari che ne derivano.

dibattito sulle competenze gestorie dell'assemblea e sul rapporto di questa con l'organo amministrativo interferisca con il tema dell'ammissibilità dei sindacati di gestione.

In particolare, si è già richiamata la posizione di chi, anche dopo la riforma del 2003, ha continuato a sostenere che esistano delle competenze non scritte dell'assemblea in materia gestoria ¹⁷⁸. Tali competenze non sarebbero riconducibili a un elenco predefinito ma ricorrerebbero tutte le volte in cui è in gioco un interesse c.d. primordiale, vale a dire tutte le volte in cui ricorre una circostanza che è in grado di incidere, alterandolo, sul programma economico in ragione del quale è stato effettuato il conferimento. Questa teoria, già ricostruita con riguardo al dibattito pre-riforma, merita adesso di essere richiamata oltre che per l'autorevolezza di chi l'ha elaborata, anche perché trova un riscontro nella giurisprudenza tedesca dove, a seguito di due celebri pronunce, il principio delle competenze implicite dell'*Hauptversammlung* può dirsi ormai pacificamente acquisito ¹⁷⁹.

Com'è noto, con la pronuncia "*Holz Müller*" ¹⁸⁰ è stato inaugurato l'orientamento secondo cui, nonostante la rigida ripartizione di competenze tra gli organi sociali, esistono delle decisioni fondamentali che, seppure di esclusiva spettanza dell'organo gestorio, sono in grado di incidere tanto profondamente sui diritti di partecipazione degli azionisti che «il *Vorstand* non può ragionevolmente pensare di compierle sotto la propria responsabilità, senza la partecipazione dell'assemblea» ¹⁸¹.

Tale principio è stato meglio delineato nella successiva pronuncia *Gelatine*

¹⁷⁸ Cfr. G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 7 ss.

¹⁷⁹ La sussistenza di competenze implicite dell'assemblea è ormai consolidata secondo M. KORT, *Vorbemerkungen vor § 76*, cit., Rn. 7.

Quanto alla *ratio* di tale attribuzione, si discute se si tratti, come si sosteneva nella pronuncia *Holz Müller* (BGH, 25 febbraio 1982, in NJW, 1982, 1703 ss.), di una analogia *legis* con il § 119, Abs. 2, AktG (ritenendo il difetto di deliberazione assembleare non opponibile ai terzi) oppure, come prevalentemente si ritiene, di un fondamento rintracciabile in via di analogia *iuris* nei principi che regolano le competenze assembleari in materia di modifiche strutturali. Per un quadro sul punto con i richiami alla relativa dottrina tedesca, si veda G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 17.

¹⁸⁰ BGH, 25 febbraio 1982, cit., 1703.

¹⁸¹ H. FLEISCHER, *Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht: von "Holz Müller" zu "Gelatine"*, in NJW, 2004, 2335.

¹⁸², in occasione della quale il *BGH* ha precisato che il principio delle competenze implicite dell'assemblea generale ha carattere eccezionale e che il diritto dei soci di interloquire su questioni gestionali deve intendersi limitato alle operazioni capaci di interferire con il potere dell'assemblea di definire la struttura sociale. In quell'occasione la Suprema Corte tedesca ha precisato che al ricorrere di queste circostanze non solo resta ferma la responsabilità dell'organo amministrativo per la gestione ma la tutela degli azionisti risulta rafforzata in quanto si evita che il *Vorstand* possa attuare operazioni con caratteristiche simili a una modifica statutaria oltrepassando, così, la sfera delle proprie competenze ¹⁸³.

Ispirandosi al modello tedesco, si è visto come autorevole dottrina abbia ritenuto di potere continuare a parlare anche da noi di competenze legali implicite dell'assemblea in caso di atti gestori di interesse primordiale, alla luce di una serie di disposizioni normative (principalmente gli artt. 2361 e 2497-*speties* c.c.) che, interpretate in via di analogia *legis* o *iuris*, offrirebbero argomenti in tal senso e nonostante il principio sancito dall'art. 2380-*bis* c.c. ¹⁸⁴.

Deve darsi conto del fatto che questa tesi suscita diverse perplessità anche in chi, prima della riforma, aveva elaborato e sviluppato la teoria delle competenze gestionali non scritte ¹⁸⁵. Mutata la disciplina legale può dirsi, infatti, che il legislatore abbia definito con certezza il riparto di competenze tra gli organi sociali senza che residuino più quelle lacune che, nel vigore del vecchio art. 2364, n. 4, c.c., avevano consentito di parlare di una competenza gestionale implicita dell'assemblea.

¹⁸² Cfr. *BGH*, 16 e 26 aprile 2004 - II ZR 155/02, in *NZG*, 2004, 571. In Italia pubblicata su *Riv. dir. soc.*, 2007, I, 81 ss., con nota di M. MAUGERI.

Deve poi essere ricordata una terza pronuncia, *Macroton* (*BGH*, 25 novembre 2002, in *NZG*, 2003, 280 ss.), che ha affrontato la questione specifica del c.d. *delisting*. Pur richiamando la dottrina delle competenze implicite, la Suprema Corte tedesca in quell'occasione non ne fece applicazione facendo ricorso al principio costituzionale della tutela della proprietà della quota.

Sulle ricostruzione del quadro di riferimento delle pronunce *Holz Müller*, *Gelatine* e *Macroton*, si veda G. B. PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio*, cit., 5 ss.

¹⁸³ M. HABERSACK, *Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macroton und Gelatine*, in *AG*, 2005, 142 ss.

¹⁸⁴ Si veda la posizione di G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 3 ss., già ampiamente richiamata.

¹⁸⁵ La critica è rivolta a G. B. PORTALE ed è di P. ABBADESSA, *La competenza assembleare*, cit., 14.

Al contrario, continuare a sostenerne l'esistenza, anche nel vigore della nuova disciplina, potrebbe condurre a conseguenze applicative di non poco conto. Avendo tali presunte competenze non scritte natura *legale*, l'atto amministrativo compiuto in difetto di deliberazione assembleare sarebbe viziato e tale vizio opponibile ai terzi.

Neppure potrebbe sostenersi, a meno di cadere in contraddizione, che il regime applicabile sia, invece, eccezionalmente, quello dei limiti convenzionali o statutari al potere di rappresentanza dell'organo amministrativo¹⁸⁶ e, quindi, che il difetto di deliberazione assembleare non sia opponibile ai terzi.

Ciononostante, non si può nemmeno giungere a sostenere che l'assemblea venga a subire, nel nuovo assetto dei rapporti con l'organo gestorio, una «totale estraneazione [...] rispetto alle decisioni di interesse primordiale»¹⁸⁷.

Il rapporto amministrativo continua a dovere essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 c.c.). Ne deriva che l'organo amministrativo pur non essendo più obbligato a devolvere alla competenza dell'assemblea certe materie di interesse primordiale resta obbligato a darne notizia preventiva tutte le volte in cui si appresti a compiere operazioni di rilievo¹⁸⁸. Obbligo di informazione che è normalmente adempiuto nei confronti del socio di controllo e che, in questa interpretazione, viene esteso alla generalità dei soci.

Quanto alle conseguenze dell'avvenuta informazione o del suo difetto varrebbe quanto segue: l'assemblea, debitamente informata, potrebbe esprimere un parere che pur non essendo vincolante avrà l'effetto di orientare la condotta degli amministratori i quali, ove decidano di discostarsene, dovranno addurre delle ragioni di merito a pena di incorrere in responsabilità; in caso di difetto di informazione, invece, gli amministratori saranno esposti a responsabilità per inadempimento dell'obbligo di informazione con la conseguenza che potranno essere revocati per giusta causa o, perfino, essere condannati a risarcimento del danno qualora la loro condotta sia stata dannosa

¹⁸⁶ Come sostiene G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 33. Contra P. ABBADESSA, *La competenza assembleare*, cit., 14.

¹⁸⁷ P. ABBADESSA, *La competenza assembleare*, cit., 15.

¹⁸⁸ Cfr. nello stesso senso M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali*, cit., 222, nt. 58; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2008, 271 s.

per la società ¹⁸⁹.

La ricostruzione appena richiamata si dimostra, anche nell'opinione di chi l'ha elaborata ¹⁹⁰, non tanto lontana, almeno nella sostanza, dal sistema precedente. Pur senza ricorrere al concetto di "competenza" si ammette che l'assemblea possa esercitare un'influenza sulla condotta degli amministratori. E senza che tale funzione di *moral suasion* abbia a scontrarsi con il principio dell'esclusività della funzione gestoria.

Così sinteticamente ricostruita la questione delle competenze gestorie non scritte dell'assemblea e il dibattito che ne è derivato, si comprende che il fenomeno dei sindacati di gestione è ad essa estraneo. Sebbene siano innegabili i punti di contatto con il tema del ruolo di governo dei soci, per il fatto stesso che tali patti realizzano una forma di ingerenza nella gestione da parte di soggetti terzi, la loro efficacia si esplica e si esaurisce - fatte salve le possibili considerazioni su un'efficacia indiretta dei patti parasociali ¹⁹¹ - su un piano parallelo a quello sociale.

Ciò vale ad escludere, per divergenza di presupposti oggettivi e soggettivi, sia che possano valere per i sindacati di gestione le ragioni ostative al riconoscimento di una competenza gestionale implicita dell'assemblea sia che da questo riconoscimento possano eventualmente trarsi argomenti per sostenere l'ammissibilità di tali accordi.

In una prospettiva diversa si pone, invece, quella parte della dottrina tedesca ¹⁹², che, proprio a partire dall'esistenza di punti di contatto tra il tema delle competenze implicite dell'assemblea in materia gestoria e quello dell'ammissibilità di vincoli parasociali a carico degli organi della società, ha intravisto nella giurisprudenza *Holz Müller* un possibile argomento a favore dell'ammissibilità di un'influenza esercitata da alcuni soci a carico del *Vorstand*, sulla base di considerazioni che sono state ampiamente criticate.

In particolare, è stato sostenuto che la giurisprudenza *Holz Müller*, prima, e *Gelatine*, poi, diano prova della *non* esclusività della funzione gestoria e

¹⁸⁹ L'opinione è sempre di P. ABBADESSA, *La competenza assembleare*, cit., 15.

¹⁹⁰ P. ABBADESSA, *La competenza assembleare*, cit., 15.

¹⁹¹ Per le quali si rinvia a quanto già osservato alla nota 86 del capitolo primo.

¹⁹² Per la ricostruzione della tesi, si veda C. GROB-BÖLTING, *Gesellschaftervereinbarungen*, cit., 154.

dell'ammissibilità di un'influenza da parte (di alcuni) dei soci sull'attività dell'organo amministrativo.

La premessa da cui pare muovere questa concezione è che la competenza implicita dell'assemblea a pronunciarsi sulle questioni attinenti alla struttura della società potrebbe trovare espressione anche in un accordo parasociale (totalitario) che intenda riorganizzare l'esercizio della funzione gestoria, eventualmente unitamente all'assunzione dell'impegno da parte di un membro del *Vorstand* a eseguire le direttive che promanano dalla compagine parasociale. In virtù di ciò, non solo l'intero organo amministrativo dovrebbe attenersi a tali istruzioni ma l'atto del *Vorstand* che violasse la linea di azione fissata dai soci aderenti al patto ¹⁹³ sarebbe illegittimo e potrebbe essere "ratificato" solo se rimesso alla deliberazione dei soci riuniti in assemblea generale.

Come anticipato, la tesi è stata oggetto di forti critiche.

In primo luogo, essa violerebbe il principio di separazione tra il piano sociale e quello parasociale (c.d. *Trennungsprinzip*), in virtù del quale tutti i contratti accessori producono effetti obbligatori e non vincolano né la società né la generalità dei soci ¹⁹⁴.

Nel caso specifico, la dottrina richiamata sostiene, invece, che il fatto che il *Vorstand* disattenda le istruzioni fissate in un accordo parasociale produca conseguenze sul piano sociale e, in particolare, invalidi l'atto amministrativo

¹⁹³ Cfr. M. HOFFMANN-BECKING, *Der Einfluß*, cit., 454.

¹⁹⁴ Cfr. E. JOUSSEN, *Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 1995, 114.

Deve comunque darsi atto del fatto che il dibattito sull'efficacia dei patti parasociali e sui limiti del principio di separatezza tra piano sociale e parasociale registra da tempo, in dottrina e in giurisprudenza, delle posizioni favorevoli all'attribuzione del carattere corporativo agli accordi in presenza di certi presupposti.

Sul punto è interessante richiamare una pronuncia del BGH del 12 marzo 1959 (in *NJW*, 1959, 1082 ss.) che ritenne costituisca un abuso del diritto non considerare vincolante anche per la società un accordo sottoscritto da *tutti* i soci e un *ex* componente del consiglio di gestione.

Si veda anche G. B. PORTALE, *Patti parasociali con «efficacia corporativa»*, cit., 1 ss., per una ricostruzione delle principali pronunce che hanno dato vita all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale i patti parasociali (se totalitari) sono opponibili alla società, ma non ai terzi. Tra le pronunce richiamate, interessante il principio enunciato da una sentenza del BGH del 20 gennaio 1983 (in *NJW*, 1983, II ZR 243/81 (*Nürnberg*), 1910 s.), in cui si legge che «se *tutti* i soci concordemente hanno regolato una vicenda (*Angelegenheit*) della società, la regola - anche se non fa parte dello statuto - va trattata come regola della stessa società («*Als eine solche der Gesellschaft zu behandeln*»)» (p. 1911). La *ratio* di tale ricostruzione andrebbe ricercata nella teoria del superamento della persona giuridica.

adottato in violazione del patto. Anche volendo immaginare che all'accordo abbia aderito l'amministratore e che questi abbia assunto degli impegni, l'opinione viene criticata perché ritiene che l'impegno assunto, a livello parasociale, da un singolo membro possa estendersi all'intero organo e, così, acquistare efficacia reale¹⁹⁵. E ciò contraddice la natura dei patti parasociali e finisce per indebolire il sistema di ripartizione legale delle competenze che, invece, si fonda, tra l'altro, proprio sulla separazione tra chi partecipa nella qualità di socio e chi amministra¹⁹⁶.

In secondo luogo, del tutto improprio è apparso che il richiamo alla giurisprudenza *Holz Müller* e *Gelatine*. E invero, le citate pronunce ammettono ipotesi *eccezionali* di coinvolgimento nella gestione della *totalità* dei soci, riuniti nell'assemblea generale, per l'adozione di decisioni di carattere fondamentale (*Strukturentscheidungen*).

Per il mancato ricorrere di entrambe queste circostanze (eccezionalità e materia di carattere fondamentale), si è ritenuto che non possa sostenersi che un accordo parasociale possa determinare, *con rilievo reale*, la struttura di governo della società e il rapporto tra il *Vorstand* e i soci e neppure che l'adozione di un atto di (alta) gestione contrario a tali determinazioni rientri tra le decisioni fondamentali individuate dalla giurisprudenza richiamata^{197 198}.

2. Vincoli sulla gestione e dovere di riservatezza.

Un profilo da tenere in considerazione, nello studio dei sindacati di gestione, è rappresentato dalle possibili interazioni tra questi e i doveri degli amministratori, segnatamente il dovere di riservatezza.

È innegabile che sussista una generale esigenza di riservatezza sugli affari

¹⁹⁵ Si vedrà più avanti che questo stesso argomento viene utilizzato per negare la validità dei patti parasociali di cui sia parte un membro del consiglio di gestione.

¹⁹⁶ Cfr. C. GROß-BÖLTING, *Gesellschaftervereinbarungen*, cit., 154. Peraltro, è significativo che la nomina dei consiglieri di gestione spetti al consiglio di sorveglianza e non ai soci direttamente (§ 80 *AktG*).

¹⁹⁷ Cfr. G. REGER, § 119, in *Bürgers/Korber Komm. z. AktG* 3, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, Rn. 12; G. SPINDLER, § 119, in *Schmidt/ Lutter Komm. z. AktG* 2, Dr. Otto Schmidt, Kölln, 2010, Rn. 30.

¹⁹⁸ Laddove un atto del *Vorstand* fosse in grado di incidere profondamente sulla struttura societaria e, al contempo, violasse un patto parasociale, la deliberazione dell'assemblea generale si renderebbe necessaria soltanto per il primo profilo e non per il secondo.

sociali, che gli amministratori sono tenuti a rispettare tanto nei confronti di chi è estraneo all'organizzazione societaria quanto nei confronti della stessa società¹⁹⁹. È evidente, tuttavia, che la posizione di chi intende influenzare direttamente la gestione possa portare a disattendere tale limite²⁰⁰.

La creazione di un vincolo stabile e regolamentato sulla gestione è possibile nella misura in cui chi di tale vincolo intende beneficiare possa accedere alle informazioni necessarie per esercitare i propri poteri²⁰¹.

La dottrina tedesca sul *Verschwiegenheitspflicht* è copiosa²⁰². Il § 93, Abs. 1, AktG dispone «*Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren*».

Si tratta di una disposizione di carattere imperativo²⁰³. Ne deriva che lo statuto o gli organi sociali, attraverso i propri regolamenti interni, non possono estendere o limitare il dovere di riservatezza²⁰⁴.

Quanto agli azionisti, la sede ufficiale per ottenere le informazioni sulla gestione (*rectius* sulle vicende della società) è l'*Hauptversammlung*: il § 131 AktG regola il diritto di ciascun azionista a ottenere dal consiglio di gestione tutte le informazioni necessarie per la discussione degli argomenti all'ordine del

¹⁹⁹ Sulla duplice valenza della segretezza, rispetto alle relazioni esterne, a tutela della competitività e del prestigio della società, rispetto all'organizzazione interna, a garanzia della collaborazione tra gli organi, cfr. K. J. HOPT, M. ROTH, § 93, in *GroßKomm. z. AktG* 5, De Gruyter, Berlino, 2015, Rn. 280.

²⁰⁰ Cfr. E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 20 ss.

²⁰¹ In questo senso anche A. TOFFOLETTO, *Patti parasociali*, cit., 284 s. ritenendo che questo costituisca un ulteriore profilo di invalidità dei patti parasociali sulla gestione.

²⁰² Cfr. K. J. HOPT, M. ROTH, § 93, cit., Rn. 279 ss.; J. KOCH, § 93, in *Hüffer Komm. z. AktG* 11, C. H. Beck, Monaco, 2014, Rn. 29 ss.; G. KRIEGER, V. SAILER-COCEANI, § 93, in *Schmidt/Lutter AktG Komm.* 2, OVS, Köln, 2010, Rn. 17 ss.

In merito ai doveri dei membri dell'*Aufsichtsrat* si vedano P. DORALT, W. DORALT, *Haftung und Schadensersatz*, in *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, K. v. SCHENCK, C.H. Beck, Monaco, 2013, § 14 (e, con specifico riguardo al *Verschwiegenheitspflicht*, cfr. Rn. 167 ss.).

²⁰³ Sulla riconducibilità di tale dovere al dovere di diligenza o all'obbligo di fedeltà, cfr. K. J. HOPT, M. ROTH, § 93, cit., Rn. 279 e, sui rapporti tra questi ultimi, Rn. 52, 58, 224; J. KOCH, § 93, cit., Rn. 29; H. FLEISCHER, § 93, cit., Rn. 160; G. SPINDLER, § 93, in *Münchener Komm. z. AktG* 4, C. H. Beck, Monaco, 2014, Rn. 113; T. BÜRGERS, A. ISRAEL, § 93, in *Bürgers/Korber Komm. z. AktG* 3, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, Rn. 47; H. J. MERTENS, A. CAHN, § 93, in *Köhner Komm. z. AktG* 3, Heymanns, Köln, 2010, Rn. 113.

²⁰⁴ cfr. P. DORALT, W. DORALT, *Haftung*, cit., Rn. 171, 172.

giorno. Il dovere di riservatezza e il diritto di informazione, ad esso complementare, assurgono a regola di funzionamento della società e del procedimento di formazione della volontà ²⁰⁵, tant'è che, in ossequio al principio di parità di trattamento degli azionisti (§ 53a *AktG*), qualora uno di essi abbia ricevuto, in ragione di questa sua qualità, informazioni sulla gestione, *al di fuori dell'assemblea generale*, dette informazioni dovranno essere fornite a ciascun altro azionista che ne faccia richiesta (§ 131, *Abs. 4, AktG*) ²⁰⁶.

Non è dato rintracciare nella disciplina codicistica delle società per azioni di diritto italiano una disposizione altrettanto specifica ²⁰⁷. Secondo lo schema di imperatività crescente che si è in più occasioni richiamato, l'attenzione alla riservatezza e agli effetti della divulgazione delle informazioni si fa, tuttavia, più intensa quanto più la società si apre al mercato. Così, il legislatore ha disciplinato nel T.U.F. canali *ad hoc* per la circolazione delle informazioni in presenza di determinati presupposti (si pensi alla disciplina sulla redazione del bilancio consolidato, ad esempio) e ha poi dedicato al tema della diffusione di informazioni c.d. "privilegiate" l'articolo 114, una disposizione generale sugli obblighi di comunicazione che si applica «fermi gli obblighi di pubblicità previsti da specifiche disposizioni di legge». Tra le informazioni privilegiate rientrano tutte quelle la cui diffusione è in grado di incidere sul corretto andamento del mercato, come meglio precisato dal successivo articolo 181 T.U.F. Dalla lettera dell'articolo 114 T.U.F. rileva che gli emittenti sono tenuti a comunicare al pubblico tali informazioni senza indugio e che, in presenza di determinate circostanze, possano essere autorizzati a tenerle riservate, con l'avvertenza che una divulgazione non "capillare", come quella effettuata soltanto a favore di un terzo, crea una situazione di squilibrio e di disparità di trattamento tra questo e il resto degli attori del mercato, in ragione della quale

²⁰⁵ Cfr. K. J. HOPT, M. ROTH, § 93, *cit.*, *Rn.* 280.

²⁰⁶ Una regola simile si ritrova nella disciplina delle società quotate e, segnatamente, al quarto comma dell'articolo 114 del T.U.F. che, a proposito dell'obbligo degli emittenti di divulgare le informazioni privilegiate, ai sensi dell'articolo 181, dispone che, nel caso in cui tali informazioni siano state comunicate a un terzo, queste devono essere comunicate anche al pubblico, simultaneamente o senza indugio, a seconda dell'intenzionalità o involontarietà della diffusione.

²⁰⁷ Peraltro, vi è chi osserva che il riferimento testuale al segreto ex § 93 *AktG* non sarebbe neppure strettamente necessario ma solo esplicativo, cfr. G. SPINDLER, § 93, *cit.*, *Rn.* 117.

gli emittenti sono tenuti a porvi riparo immediatamente dando integrale comunicazione delle informazioni al pubblico (art. 114, co. 4, T.U.F.).

Al di fuori di questi canali la regola resta quella dell'assoluta riservatezza sulle notizie riguardanti gli affari sociali ²⁰⁸.

Se si volge l'attenzione al codice civile, un dovere di riservatezza è testualmente posto a carico dei sindaci (art. 2407, 1° co., c.c.). Il sistema dei doveri degli amministratori ruota intorno alla previsione di cui all'art. 2392 c.c., che impone loro di adempiere i doveri prescritti dalla legge e dallo statuto secondo la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico ²⁰⁹.

Tuttavia, un indice del fatto che essi siano anche tenuti a mantenere la riservatezza sulle informazioni acquisite in ragione del proprio ufficio si potrebbe forse ravvisare nell'ultimo comma dell'art. 2391 c.c., che sancisce la responsabilità dell'amministratore che, utilizzando a vantaggio proprio o di terzi tali dati, abbia cagionato un danno alla società ²¹⁰.

²⁰⁸ In questo senso A. TOFFOLETTO, *Patti parasociali*, cit., 285. il quale, proprio con riferimento al flusso di informazione reso necessario da un patto parasociale sulla gestione, osserva che «il bene informazione ha una rilevanza essenziale nel funzionamento dei mercati ed il fatto che un emittente possa disporre con disinvoltura a favore di alcuni soggetti, senza aver dato contemporaneamente una identica informazione al mercato, appare estremamente rischioso, oltre che probabilmente illegittimo».

²⁰⁹ Dalla disciplina che regola le competenze del collegio sindacale si ricava che gli amministratori sono tenuti alla corretta amministrazione e alla predisposizione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, adempimenti questi sottoposti all'esame dell'organo di controllo (art. 2403 c.c.).

È da tempo avvertita l'esigenza di meglio precisare il contenuto dei doveri di diligenza e di fedeltà nei quali si tende a riassumere il contenuto della prestazione gestoria (sul modello del *duty of care* e del *duty of loyalty* di *common law*). A questo fine si veda lo studio di G. TEUBNER, *Corporate Fiduciary Duties and their Beneficiaries. A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility*, in *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, a cura di K. J. HOPT - G. TEUBNER, Berlino - New York, 1985, 166 ss.

²¹⁰ Cfr. V. GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Giappichelli, Torino, 2005, 235 il quale ritiene che l'art. 2391 c.c. confermi l'esistenza di un autonomo dovere di riservatezza in capo agli amministratori. Si veda anche M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in AA. VV., *Saggi sui grandi temi della corporate governance*, a cura di C. TEDESCHI, Giuffrè, Milano, 2013, 38.

Osserva, però, F. BARACHINI, *L'appropriazione delle corporate opportunities come fattispecie in infedeltà degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, 2, Utet, Torino, 2007, 617, secondo il quale la portata della regola sarebbe ancora più ampia perché riguarderebbe tutte le informazioni, anche quelle che non abbiano carattere riservato e che non siano ancora note alla società.

Nell'esercizio della propria funzione, l'amministratore è tenuto a contemperare molteplici interessi, tutti sussumibili nell'interesse dell'impresa. In tale veste, è tenuto alla neutralità, non potendo veicolare informazioni riservate, a vantaggio di altri o di sé (e a servizio di un interesse estraneo a quello sociale). La riservatezza sussiste, quindi, in relazione all'interesse dell'impresa ²¹¹ e, conseguentemente, al contenuto e alla natura dei dati e delle notizie trasmesse.

Tuttavia, neppure nell'ambito dell'art. 2391, ult. co., c.c. la tutela della riservatezza è enunciata espressamente. La fattispecie tipizzata è quella dell'appropriazione delle cc.dd. *corporate opportunities*, vale a dire il caso in cui l'amministratore utilizzi i dati o le notizie o le opportunità di affari appresi e, sottraendoli alla società, li veicoli verso l'esterno per compiere (o agevolare il compimento di) operazioni, a vantaggio proprio o di terzi ²¹². Tali operazioni si collocano all'esterno della società (eventualmente anche in un rapporto di concorrenza con questa ²¹³). Tuttavia, tale divieto si spiega in quanto l'amministratore è tenuto a un dovere di fedeltà ²¹⁴, rispetto al quale è funzionale un dovere di riservatezza in ordine a quelle informazioni la cui divulgazione potrebbe, in ultimo, danneggiare la società.

Potrebbe osservarsi, inoltre, che il dovere di riservatezza ha portata generale e che esso opera non solo quando, a causa della divulgazione di alcune informazioni, possano essere colte da altri opportunità di affari che spetterebbero alla società (alla quale tali opportunità sono, invece, sottratte) ma

²¹¹ Gli amministratori sarebbero tenuti anche a tale dovere in quanto amministratori di un interesse patrimoniale altrui secondo K. J. HOPT, M. ROTH, § 93, *cit.*, Rn. 279.

²¹² Le condotte opportunistiche degli amministratori sono solitamente ricondotte in due gruppi: le cc.dd. *self-dealing transactions* e le condotte di *misappropriation* (approfittamento). Cfr. F. BARACHINI, *L'appropriazione delle corporate opportunities*, *cit.*, 613 ss.

Sui profili attinenti alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale e del divieto di concorrenza in ragione della condotta di appropriazione di *corporate opportunities*, si veda P. SANFILIPPO, *Gli amministratori*, *cit.*, 461 s. dove ampi richiami ad alcuni contributi sul tema.

²¹³ Ma senza confondere il divieto di concorrenza con quello di appropriazione di opportunità sociali, cfr. F. BARACHINI, *L'appropriazione delle corporate opportunities*, *cit.*, 619 ss.

²¹⁴ La disposizione è una puntualizzazione del più generale dovere di fedeltà, inteso come il divieto di perseguire interessi o altri vantaggi personali nell'espletamento della propria funzione, secondo F. BARACHINI, *L'appropriazione delle corporate opportunities*, *cit.*, 606 ss. con numerose citazioni anche della dottrina straniera.

anche quando l'accesso a tali informazioni consenta di acquisire una posizione di indebito vantaggio all'interno della stessa, ad esempio, a favore solo di alcuni soci riuniti in un patto parasociale ²¹⁵ e per consentire a questi di esercitare un'influenza sulla gestione.

Rispetto alle ipotesi richiamate, quindi, ciò che cambia è la direzione della condotta ma il nucleo comune è costituito dall'utilizzazione di informazioni ²¹⁶. Nel caso dell'appropriazione di opportunità di affari, si tratta di informazioni che non sono note all'ente ma avrebbero dovuto essere messe a sua disposizione; nel secondo caso, invece, si tratta di informazioni note, di regola, alla società e che sono già nella sua disponibilità ma che si vuole impedire che l'amministratore trasmetta a vantaggio proprio o di terzi ²¹⁷.

Pare, allora, che il punto focale risieda nella determinazione di cosa debba intendersi per informazioni riservate e nella trasmissibilità di alcune di queste in presenza di circostanze eccezionali (ad esempio, ai fini dell'uniformità della gestione).

La dottrina tedesca osserva che la riservatezza non sarebbe una caratteristica oggettiva e che, sebbene certe informazioni possano in generale dirsi riservate (si pensi ai piani strategici, ai dati tecnici o scientifici) ²¹⁸, la valutazione della ricorrenza concreta di tale carattere spetterebbe al singolo

²¹⁵ E che, quindi, non sono primariamente interessati né ad appropriarsi di opportunità di affari che sarebbero della società né ad essere controparti negoziali della stessa.

²¹⁶ Ritiene che il divieto di cui all'ultimo comma dell'art. 2391 c.c. comprenda anche l'uso indebito di informazioni da parte dell'amministratore M. VENTORUZZO, *sub art. 2391, cit.*, 497; G. GUIZZI, *sub art. 2391, cit.*, 674. Le fattispecie dell'appropriazione di opportunità vengono talvolta sovrapposte, si veda C. MACRÌ, *Interessi degli amministratori*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. SCOGNAMIGLIO, Giuffrè, Milano, 2003, 145.

Proprio sul presupposto di un'interpretazione estensiva si fonda la tesi di N. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *RDS*, 2003, 53 che giunge a riconoscere che la norma sarebbe volta a proteggere l'interesse della società ed evitare la diffusione di informazioni riservate.

²¹⁷ Cfr. F. BARACHINI, *L'appropriazione delle corporate opportunities, cit.*, 616.

²¹⁸ Sarebbero coperte da segreto le informazioni sullo stato e sulle attività della società (ad esempio, la situazione finanziaria, i dati dei clienti e dei partner, le relazioni dei singoli amministratori) e i dati attinenti alla programmazione (ad esempio, l'andamento e i risultati delle sedute dell'*Aufsichtsrat* e del *Vorstand*, il voto esercitato da ciascun membro degli organi di amministrazione e controllo, i pareri e le opinioni personali espressi nelle stesse sedi, i piani strategici), cfr. K. J. HOPT, M. ROTH, § 93, *cit.*, *Rn.* 283. Il segreto coprirebbe, poi, i dati che, seppure non direttamente rilevanti, potrebbero consentire di risalire ad informazioni riservate secondo G. KRIEGER, V. SAILER-COCEANI, § 93, *cit.*, *Rn.* 18.

membro dell'organo sociale, in relazione alle circostanze e alla compatibilità con l'interesse dell'impresa di una loro eventuale trasmissione ²¹⁹.

Sembrerebbe suggerito, quindi, un approccio che tenga conto della regola ma che tenda a coniugare la concezione giuridica con le esigenze della realtà, potendo ipotizzarsi il caso in cui un'informazione oggettivamente non riservata debba invece esserlo a tutela del bene dell'impresa, o viceversa ²²⁰.

Carattere eccezionale avrebbe, ad esempio, la regolamentazione dell'accesso alle informazioni all'interno dei gruppi di imprese. La circolazione delle informazioni tra impresa madre e imprese figlie non sarebbe una regola ma sarebbe funzionale all'uniformità della gestione ²²¹. Così pure nella vigenza di un contratto di dominio, concluso ai sensi dei §§ 308 ss. *AktG* ²²².

Ad analoghe conclusioni giunge la dottrina tedesca rispetto ai rapporti con terzi (istituti di credito, investitori) o con azionisti di controllo, nei casi in cui la rivelazione di certi dati (prevalentemente di carattere finanziario e strategico) sia funzionale a una migliore tutela dell'interesse sociale, ad esempio in vista del compimento di operazioni commerciali importanti per la crescita o per il risanamento dell'impresa ²²³.

Tornando allora alle implicazioni che la costituzione di un vincolo sulla gestione potrebbe avere in termini di violazione del dovere di riservatezza, anche in questo caso sembrerebbe opportuno disaggregare vincoli 'forti' e vincoli 'deboli'.

I primi (esemplificativamente quelli a cui partecipa l'amministratore o che lo vincolano al compimento di atti palesemente contrari all'interesse sociale), atti a scardinare il sistema di ripartizione delle competenze e a realizzare una sostituzione reale di chi influenza con chi è influenzato, sarebbero inammissibili

²¹⁹ Cfr. K. HOPT, M. ROTH, § 93, *cit.*, *Rn.* 309; P. DORALT, W. DORALT, *Haftung, cit.*, *Rn.* 172, questi ultimi con riferimento ai membri del consiglio di sorveglianza ma con argomenti estensibili anche ai membri del *Vorstand*.

²²⁰ Cfr. K. J. HOPT, M. ROTH, § 93, *cit.*, *Rn.* 283, 284, 300, 302, 303; G. KRIEGER, V. SAILER-COCEANI, § 93, *cit.*, *Rn.* 18. Si vedano anche P. DORALT, W. DORALT, *Haftung, cit.*, *Rn.* 172, ma in questo caso la condotta sarebbe in linea non con il dovere di riservatezza ma con il dovere generale di perseguire il bene della società.

²²¹ Cfr. K. HOPT, M. ROTH, § 93, *cit.*, *Rn.* 288 ss.

²²² Cfr. K. HOPT, M. ROTH, § 93, *cit.*, *Rn.* 300, 301.

²²³ Cfr. K. J. HOPT, M. ROTH, § 93, *cit.*, *Rn.* 303.

per contrarietà con norme imperative ²²⁴.

Nell'ambito dei secondi, invece, dovrebbe tenersi conto della condotta attuativa del vincolo e delle sue implicazioni, anche in termini di informazioni trasmesse.

Potrebbe allora ipotizzarsi che, qualora il vincolo risulti ammissibile e conforme all'interesse sociale (in considerazione di effetti, oggetto e durata; in relazione al grado di discrezionalità residuo in capo agli amministratori; in ragione di opportunità commerciali rispetto alle quali esso è strumentale), l'accesso alle informazioni ne seguirebbe la sorte e sarebbe esso stesso lecito, purché *soggettivamente e oggettivamente limitato* e funzionale alla realizzazione delle esigenze meritevoli sottese al vincolo medesimo.

Ci si potrebbe chiedere poi se, rivelate le informazioni a favore di terzi o soci, si estenda a questi un dovere di non divulgarle ulteriormente e, conseguentemente, una responsabilità per un loro illecito utilizzo ai danni della società ²²⁵.

Un utile spunto potrebbe forse trarsi dalla disciplina della società a responsabilità limitata e, in particolare, dal regime dei diritti di controllo che il secondo comma dell'art. 2476 c.c. riconosce ai soci che non partecipano all'amministrazione. Si è osservato, infatti, che il diritto dei soci di avere notizia dello svolgimento degli affari sociali e di accedere ai documenti sull'amministrazione (tra i quali, come si è visto, taluno fa rientrare anche i sindacati di gestione) importa che gli stessi non possano a loro volta divulgare le informazioni acquisite ²²⁶.

Riguardo alla tensione tra riservatezza e conoscibilità, inoltre, è stato evidenziato che pure sarebbe conveniente rendere trasparente il processo

²²⁴ La violazione del dovere di riservatezza in questi casi sarebbe un effetto accessorio che resterebbe sullo sfondo per la gravità della violazione principale.

²²⁵ Da un lato, la dottrina tedesca ha osservato che il dovere di riservatezza si estenderebbe anche agli organi di fatto, ma il punto non è pacifico (cfr. Cfr. K. J. HOPT, M. ROTH, § 93, *cit.*, Rn. 282); dall'altro, nel caso in cui la società si avvalga di consulenti esterni, questi avranno accesso alle informazioni necessarie per la propria attività di consulenza ma dovranno tutelarne la riservatezza (cfr. ID., *ivi*, Rn. 302; H. J. MERTENS, A. CAHN, § 93, *cit.*, Rn. 120; G. SPINDLER, § 93, *cit.*, Rn. 135).

²²⁶ Cfr. P. MARANO, *sub art. 2463. Costituzione. I patti parasociali, cit.*, 134 s. Nello stesso senso, M. PERRINO, *Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto*, in *Giur.comm.*, 2006, I, 639 ss. e ID., *La "rilevanza del socio" nella s.r.l., cit.*, 810 ss.

decisionale interno al sindacato. Considerazione questa che varrebbe, in particolare, per i patti che si riferiscono a società quotate per le quali le esigenze di tutela dei terzi e del corretto funzionamento del mercato impongono una disciplina rigorosa sulla trasparenza in ordine all'esistenza dei patti (che devono essere comunicati) ma non in ordine al modo in cui le decisioni sono adottate al loro interno ²²⁷.

Sul punto si può richiamare, con risvolti interessanti anche riguardo alla posizione dell'aderente a un sindacato di gestione, l'opinione secondo la quale chiunque si trovi ad esercitare un particolare potere di influenza sulla società, ad esempio un socio di controllo, debba essere sottoposto a un regime speciale e sia gravato da oneri ulteriori ²²⁸. La moltiplicazione di doveri fiduciari ²²⁹ troverebbe conferma proprio nella disciplina sulla direzione e coordinamento di società e nel riferimento alla «corretta gestione» come parametro di comportamento per la capogruppo. Da questa ricostruzione verrebbe fuori un quadro in cui il sistema dei doveri fiduciari (e quindi anche della responsabilità? ²³⁰) connessi alla funzione gestoria non riguarda solo chi ne è formalmente titolare ma si estende anche a chi sostanzialmente svolge un'attività analoga.

3. La responsabilità per la gestione. Il ruolo dei soci sindacati.

Si è visto che dal sistema legale di allocazione delle competenze tra gli organi delle società di capitali, in particolare s.p.a. e s.r.l., emerge una regola che

²²⁷ Nel senso che un sistema più trasparente equivarrebbe a maggiori tutele e ridurrebbe i rischi distorsivi connessi al ricorso ai patti di sindacato, almeno nelle società quotate, G. A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo*, cit., 57 ss.

Si veda anche G. ROSSI, *Le c.d. regole di "corporate governance" sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *RDS*, 2001, 17 s., il quale, a proposito delle esigenze di trasparenza specialmente avvertite quando la società si apre al mercato, auspicava un regime di pubblicità non solo dell'esistenza del patto parasociale ma anche delle decisioni concretamente assunte in seno agli organi del sindacato.

²²⁸ Cfr. F. BARACHINI, *L'appropriazione delle corporate opportunities*, cit., 653.

²²⁹ Cfr. M. STELLA RICHTER jr., «Trasferimento del controllo» e rapporto tra soci, Giuffrè, Milano, 1996, 231 ss.

²³⁰ La condotta di chi influenza andrebbe valutata secondo gli stessi parametri utilizzati per quella degli amministratori secondo F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 153 ss.

pone la responsabilità per la gestione in capo a chi di tale gestione sia l'autore ²³¹.

Così è nella società per azioni dove gli amministratori sono in via esclusiva titolari della funzione amministrativa e responsabili degli atti che ne costituiscono l'attuazione; come nella società a responsabilità limitata, dove la legge ammette forme di coinvolgimento dei soci nella gestione (artt. 2468, co. 3 e 2479, co. 1, c.c.) e, conseguentemente, estende la responsabilità a «i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi» (art. 2476, co. 7, c.c.).

Anche la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di società conferma questa regola e pone in capo alla *holding* la responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione nei confronti dei soci e dei creditori della società diretta (art. 2497 c.c.).

Potrebbe dirsi che tanto nelle ipotesi regolari di allocazione della competenza gestoria quanto nei casi eccezionali, ma legalmente previsti, di “eterogestione”, vige una regola che consente, entro determinati limiti oggettivi e soggettivi e in vista di finalità diverse, di far ricadere (anche) in capo a chi esercita o influenza, direttamente o indirettamente, tale funzione la responsabilità per la stessa ²³².

Sulla scorta di tali premesse, ci si potrebbe chiedere se chi esercita un'influenza sulla gestione attraverso la partecipazione a un patto parasociale a tal fine stipulato possa essere chiamato a rispondere degli atti di *mala gestio* compiuti dagli amministratori (o dall'amministratore) “influenzati” ²³³.

²³¹ Cfr. M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, cit., 332 già a commento del progetto di riforma avvertiva la centralità della questione della responsabilità per *mala gestio* nei casi di eterogestione.

Osserva D. SCARPA, *Parasocialità come mezzo di controllo esterno*, cit., 1565, che «nell'ottica della tutela endosocietaria, la disciplina della responsabilità costituisce l'elemento di stabile congiunzione tra potere di gestione e risultato della gestione, ciò al fine di raggiungere sia l'obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese [...] sia la prospettiva di semplificare la disciplina delle società».

²³² Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”*, cit., 51 s. secondo il quale l'eventuale corresponsabilità di altri soggetti vale a rafforzare quella degli amministratori e ad integrarla sul piano della effettività di tutela. Non vi sarebbe ragione di escludere la responsabilità di chi ha contribuito all'attività dannosa soprattutto in un sistema legale in cui sono ravvisabili diverse aperture verso forme di «responsabilizzazione diretta» (p. 52) dei soci che nell'esercizio dei diritti amministrativi (art. 2476, co. 7, c.c.) o di poteri di influenza al di fuori degli organi istituzionali (art. 2497 c.c.) violino i principi di corretta gestione.

²³³ Nel *common law* inglese in cui, come si è visto, è fortemente discussa l'ammissibilità

Peraltro, oltre ai modelli legali di responsabilità per eterogestione richiamati, interessanti spunti potrebbe offrire il dibattito maturato intorno alla figura dell'amministratore di fatto.

Poiché in tali fattispecie si riscontra la comune attitudine a incidere sulla gestione di una società, occorre verificare la portata di tali regole e comprendere se esse possano estendersi oltre l'ambito operativo loro proprio offrendo soluzioni suscettibili di applicazione anche al caso dei sindacati di gestione.

Ci si limiti adesso a richiamarne i presupposti tipici e la *ratio*, rinviando alla terza parte del presente lavoro la riflessione sulle conclusioni che è possibile trarne.

Se tale ricerca si fondi su esigenze meritevoli di tutela o se, invece, la determinazione di una regola di responsabilità dei paciscenti per l'influenza sulla gestione - ammesso che possa individuarsene una generale - sia priva di utilità dipenderà, infatti, in buona misura dalla valutazione degli interessi in gioco e della stessa fattispecie dei sindacati di gestione. Ove se ne ritenga l'illiceità per contrarietà a norma imperativa, come sembrano ritenere la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie, tale valutazione è pregiudiziale e sgombra il capo da altre questioni. Se si accede a un'interpretazione meno netta il problema della responsabilità per la gestione acquista maggiore rilievo.

di accordi che vincolino i *directors* e ne comprimano la discrezionalità, pure si è posta la questione della responsabilità dell'*outsider*, cioè di chi dall'esterno impartisce delle istruzioni agli amministratori che, in generale, ha eletto. La giurisprudenza ha chiarito che, da un lato, gli amministratori non vanno esenti da responsabilità né possono invocare a giustificazione della propria condotta il fatto di avere agito sulla base di direttive esterne; dall'altro, l'*outsider* potrebbe essere chiamato a rispondere della negligenza del *director* soltanto nel caso in cui vi sia l'evidenza di una sua interferenza (*Kuwait Asia Bank EC v. National Mutual Nominees Ltd.* [1990]BCLC, 868 (PC)). Peraltro, in un'altra pronuncia, si legge che non vi è in linea di principio incompatibilità tra il dovere di lealtà nei confronti della società cui ogni *director* è tenuto e il fatto che questo tenga conto, anche, dell'interesse di chi lo ha nominato (e, possibilmente, gli impartisce delle direttive) purché tale secondo interesse non sia incompatibile con l'altro, che conserva rilievo primario (*Re Neath Rugby Ltd* [2008] 1 BCLC 527). Interessante anche la posizione assunta sul punto in un caso di poco successivo a quello da ultimo richiamato (*Re Neath Rugby Ltd. (no 2)* [2009] EWCA Civ 261) dove, a proposito della posizione del *director* rispetto all'interesse vantato da chi lo ha nominato si precisa che: «*An appointed director, without being in breach of his duties to the company, may take the interests of his nominator into account, provided that his decisions as a director are in what he genuinely believes to be the best interests of the company; but that is a very different thing from his being under a duty to his nominator by reason of his appointment by it*». Cfr. anche AA. VV., *Boyle & Birds'*, cit., 611, dove pure sono richiamate le ultime due pronunce citate.

A ben vedere, inoltre, poiché la ripartizione rigida di competenze non impedisce di per sé che vengano comunque attuate delle forme di ingerenza nella gestione e che l'esistenza di queste rilevi proprio a seguito del compimento di un atto di *mala gestio*, interrogarsi sulla posizione di chi di tale atto è anche indirettamente co-autore pare conservi un'utilità, a prescindere dalla questione generale dell'ammissibilità dei sindacati di gestione.

A ciò si aggiunga, in ultimo, che, di regola, l'ingerenza nella gestione presuppone la cooperazione dell'organo amministrativo o nella forma della cogestione - nel caso in cui la volontà di chi si ingerisce concorra con quella dell'organo nella decisione - o nella forma di rinuncia alla propria funzione - nel caso in cui l'organo tolleri o favorisca che chi si ingerisce si sostituisca completamente ad esso nel processo decisionale e/o nel compimento di atti di gestione ²³⁴. Non è un caso, quindi, che le responsabilità che saranno richiamate siano state ricostruite in termini di concorso (frequentemente sul presupposto di una induzione all'inadempimento da parte di chi si ingerisce) ²³⁵.

Che gli amministratori restino comunque responsabili per la gestione anche quando la legge ammette delle influenze sulla stessa risulta, del resto, confermato dal quadro normativo che si è richiamato. A parte il caso dell'amministratore di fatto - ma anche qui vi è la tolleranza degli amministratori di diritto - il pregiudizio derivante alla società potrebbe sempre

²³⁴ Sul fatto che la responsabilità degli amministratori resti ferma si vedano, *ex multis*, L. FARENAGA, *I contratti parasociali*, cit., 346; B. LIBONATI, *Riflessioni critiche sui sindacati di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 525.

Resta da chiedersi, poi, se la responsabilità dell'organo amministrativo ed, eventualmente, quella solidale di chi si ingerisce nella gestione siano rimedi sufficienti per proteggere gli interessi coinvolti e ristorare le perdite subite. Chiaramente, il regime di responsabilità si pone al termine della catena delle tutele che l'ordinamento predispone e opera tipicamente *ex post*, cioè quando il danno si è già prodotto. Per questa ragione, diversi autori pongono l'accento sugli obblighi pubblicitari e ne auspicano, ove possibile e sulla base di argomentazioni diverse, un'applicazione estensiva a tutti i patti parasociali relativi a tutte le società (non soltanto s.p.a. aperte). Per considerazioni simili, cfr. A. TOFFOLETTO, *Patti parasociali*, cit., 286 ss.

²³⁵ Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 382 il quale, nell'ambito della responsabilità decisionale, distingue tra responsabilità *relazionale* (del socio per la partecipazione al processo decisionale) e responsabilità *funzionale* (dei titolari dell'organo amministrativo) e ne ammette il concorso.

Sulla responsabilità per induzione all'inadempimento, cfr. F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1975, 204 ss.

Interessante la distinzione tra "real" e "formal" authority in P. AGHION, J. TIROLE, *Formal and Real Authority*, cit., 1 ss.

evitarsi se gli amministratori (di diritto) agissero in maniera diligente poiché ad essi spetta, in ultimo, il compimento degli atti gestori ²³⁶.

3.1. L'amministratore di fatto.

Quando si parla di ingerenza nella gestione in generale è immediato il richiamo alla figura dell'amministratore di fatto, dalla quale pare, quindi, opportuno prendere le mosse.

Com'è noto, essa rappresenta il risultato cui sono giunte dottrina e giurisprudenza al fine di estendere la disciplina dei doveri e delle responsabilità dettata per gli amministratori di diritto a quei soggetti che, senza essere legittimati, abbiano agito *di fatto* come se lo fossero ²³⁷.

Da questa premessa emergono due elementi fondamentali: in primo luogo, la finalità della disciplina che ne è scaturita appare prevalentemente *punitiva*, o quantomeno *compensativa*, perché intende colpire l'elusione del sistema di tutele predisposto dal legislatore avverso gli atti di *mala gestio* ²³⁸; in secondo

²³⁶ Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 381, il quale osserva che «anche quando può farsi risalire con sufficiente sicurezza a un socio 'sovrano', a una coalizione di soci (o a chi la controlla) o a chi detiene un potere rilevante in virtù della legittimazione di cui è investito, sta di fatto che generalmente il pregiudizio derivante dall'esito del procedimento o dal contenuto della delibera avrebbe potuto nondimeno evitarsi, qualora gli amministratori avessero espletato i loro doveri in maniera compiuta, fedele, diligente».

Si vedano, inoltre, V. MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 673 il quale sottolinea che gli amministratori non sono obbligati a eseguire le decisioni dei soci o a conformarsi alle autorizzazioni ricevute, ove ciò potrebbe esporli a responsabilità e salvo, eventualmente, l'onere di motivare le ragioni per cui essi ritengano di non attenersi alle decisioni dei soci; A. ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 515. che estende la responsabilità anche agli amministratori che siano rimasti estranei all'operazione; G. PICCININI, *Atti gestori dannosi: i "mobili confini" della responsabilità del socio*, in *Società*, 2005, 459 s.

²³⁷ Cfr. P. SANFILIPPO, *Gli amministratori*, cit., 437 s.; N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto*, cit., *passim.*; M. FRANZONI, *Gli amministratori*, cit., 18 ss.

Anche a proposito dell'assunzione del rischio connesso all'amministrazione, si vedano G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Giuffrè, Milano, 1967, 103 ss.; T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; amministratore sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, 413 ss.; A. GAMBINO, *La responsabilità dell'impresa e della gestione*, in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa. Convegno per i Trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Bologna, 8 - 9 ottobre 2004, 2006, 69 ss.

²³⁸ Osserva F. BONELLI, *La prima sentenza*, cit., 182 ss. che la responsabilità dell'amministratore di fatto (e una concezione funzionale e non meramente formale della stessa) consente di impedire che l'esercizio illegittimo dei poteri gestori possa valere come causa di esenzione da responsabilità, da un lato; e di impedire che si ricorra alla nomina illegittima dell'amministratore proprio per eludere l'applicazione delle relative norme, dall'altro.

luogo, la fattispecie presuppone un soggetto che abbia agito come amministratore compiendo *direttamente* atti che tipicamente rientrano nella funzione amministrativa.

Pare che la figura non rilevi tanto per il fatto in sé che un soggetto si sia ingerito nella gestione quanto piuttosto perché tale condotta si sia tradotta in una *mala gestio* e, quindi, in un pregiudizio per la società ²³⁹.

Già da queste prime considerazioni è possibile coglierne la distanza rispetto ai sindacati di gestione, almeno nelle loro manifestazioni più “comuni” ²⁴⁰, ed escludere quell’analogia che consentirebbe un’estensione delle soluzioni

²³⁹ N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto*, cit., 252 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Atti di sostegno finanziario dell’accomandante per attività di impresa di società in accomandita semplice*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2010, 63 ss. a proposito delle conseguenze per la violazione del dovere di immistione.

In maniera analoga, la disciplina attuale sugli interessi degli amministratori di s.p.a. (art. 2391 c.c.) non punisce il fatto in sé che l’amministratore sia portatore di un interesse ma prescrive degli obblighi di comportamento e di motivazione e prevede la responsabilità o nel caso in cui tali obblighi non siano stati rispettati o nel caso in cui la deliberazione adottata con il voto determinante dell’amministratore portatore di un qualsiasi interesse abbia danneggiato, anche in potenza, la società.

²⁴⁰ Invero, come si vedrà più avanti, non è da escludersi una possibile sovrapposizione tra le due fattispecie. Sebbene lo schema di patto di gestione che si è richiamato all’inizio presuppone un accordo sull’influenza senza prevedere alcuna sostituzione dei paciscenti all’organo amministrativo, può darsi il caso in cui, invece, il patto comporti una delega *totale e indistinta* di tutti i poteri inerenti la gestione a un soggetto e che a tale patto partecipino tutti i soci ed, eventualmente, anche l’amministratore unico.

L’ipotesi richiamata è giunta al vaglio della Suprema Corte di Cassazione in una delle prime sentenze sull’amministratore di fatto (Cass., 12 gennaio 1984, n. 234, cit., 182 ss. con nota di F. BONELLI, *La prima sentenza*, cit.). Si legge nella motivazione della sentenza che sussisteva «un accordo parasociale, con il quale l’amministratrice unica e gli altri soci avevano «delegato» [a Tizio] «fino alla revoca o rinuncia» la facoltà di dare, nell’interesse della società, tutte le direttive, generali e particolari, nessuna esclusa od eccettuata, per la gestione dell’azienda sia nel campo tecnico che organizzativo, amministrativo, finanziario, ecc., impegnandosi a rispettare «ad ogni effetto» le sue determinazioni»

La pronuncia, che inaugurava il precedente orientamento secondo il quale la responsabilità dell’amministratore di fatto ex art. 2392 c.c. presupponeva sempre un atto di investitura (invalido, irregolare o implicito), riteneva che quel patto parasociale equivallesse a un mandato ad amministrare conferito all’unanimità da tutti i soci non riuniti in assemblea. Giungeva, tuttavia, alla conclusione che il soggetto avesse agito da amministratore di fatto e fosse perciò responsabile per altra via.

Per l’aspetto che qui interessa, la pronuncia è prova del fatto che per potersi estendere la responsabilità di cui agli artt. 2392 ss. c.c. agli aderenti a un sindacato di gestione, qualificandoli come amministratori *di fatto*, non è sufficiente la mera influenza ma che questi (o uno di loro) si sostituiscano agli amministratori agendo *concretamente* come se fossero tali e compiendo *direttamente* atti tipici della funzione. Elementi questi che, sebbene possano ricorrere nella prassi, non connotano la fattispecie dei sindacati di gestione dove, al contrario, normalmente

interpretative. Il compimento di atti tipici degli amministratori, che rappresenta il *proprium* dell'organo di fatto, è estraneo allo schema dei sindacati di gestione descritto all'inizio ²⁴¹. Più vicini, semmai, alla figura dello *shadow director* di origine inglese ²⁴² o a quella discussa dell'amministratore indiretto ²⁴³, i

non si assiste ad alcuna sostituzione del genere.

²⁴¹ Osserva espressamente D. SCARPA, *Parasocialità come mezzo di controllo esterno*, cit., 1569, che «i soci non svolgono alcuna attività gestoria all'interno della società» e che le loro pattuizioni possono essere attuate solo se recepite dagli organi sociali.

²⁴² Tradizionalmente il sistema inglese conosce la distinzione, estranea al nostro ordinamento, tra *shadow director* e *de facto director*, oggi formalizzata anche nel *Companies Act* del 2006 (s. 251).

La distinzione è interessante perché mentre il *de facto director* è soggetto agli stessi doveri dei componenti del *board* ed è considerato tale anche dalla società; lo *shadow director* è colui che impartisce istruzioni che i *directors* di diritto eseguiranno.

Tale ultimo elemento mostra le evidenti analogie con la fattispecie dei sindacati di gestione.

In tal senso si veda uno dei casi più significativi in materia (*Re Hydrodan (Corby) Ltd.*, [1994] 2 *BCLC* 180) dove si legge nell'opinione del giudice *Millet J.* «*A shadow director, by contrast, does not claim or purport to act as a director. On the contrary, he claims not to be a director. He lurks in the shadow, sheltering behind others who, he claims, are the only directors of the company to the exclusion of himself. He is not held out as a director by the company*».

Il caso appena richiamato consente di cogliere la distanza effettiva tra la figura dello *shadow director* e quella dell'aderente a un sindacato di gestione. E infatti, si legge più avanti nella stessa opinione del giudice *Millet J.* che affinché un soggetto possa qualificarsi come *shadow director* è necessario, tra l'altro, che ci sia un *board* che abbia ricevuto istruzioni e che questi non abbia esercitato alcuna discrezionalità o giudizio autonomo («[...] *a pattern of behavior in which the board did not exercise any discretion or judgment of its own, but acted in accordance with the directions of others*»).

La posizione dell'aderente a un sindacato di gestione richiama, quindi, solo in parte quella dello *shadow director* e con riferimento alle ipotesi in cui il patto parasociale sia tale da esautorare completamente l'organo amministrativo.

Per il resto, l'esperienza inglese consente di cogliere nelle due figure che si sono richiamate all'inizio i due aspetti dell'ingerenza nella gestione e che, nel nostro ordinamento, vengono ricondotti entrambi nell'ambito della figura dell'amministratore di fatto: l'ingerenza diretta (consistente nel compimento di atti tipicamente amministrativi) e quella indiretta (consistente nell'impartire istruzioni vincolanti).

A ulteriore chiarimento, si aggiunga che la giurisprudenza straniera ha precisato che il semplice fatto di avere nominato gli amministratori di una società o di avere impartito delle direttive che questi si sentono in dovere di eseguire non vale da solo a qualificare un soggetto come *shadow director*. Si veda in tal senso, *Buzzle Operations Pty Ltd (In Liquidation) v. Apple Computer Australia Pty Ltd* [2010], NSWSC 233, dove è stato ribadito che se le indicazioni del terzo sono solo uno degli elementi presi in considerazione dai *directors* per prendere la propria decisione, il primo non può essere qualificato come *shadow director* e che, invece, a tale qualifica può farsi ricorso quando non vi è altra alternativa per i *directors* che quella di seguire le istruzioni ricevute.

Per una ricognizione generale sulle figure dello *shadow* e del *de facto director* si veda AA. Vv., *Boyle & Birds'*, cit., 550 ss.

paciscenti non desiderano agire, neppure in via di fatto, come amministratori ma *influenzare* le scelte gestorie, specie di alta amministrazione. Pertanto, l'influenza è *diretta* in quanto non si estrinseca attraverso il voto e la nomina dei componenti dell'organo amministrativo ma attraverso un contatto immediato e stabile con questi (come minimo in virtù di un obbligo di consultazione) ma è al tempo stesso *indiretta* nel senso che, come si è in più occasioni ribadito, la sua efficacia presuppone (e dipende da) la attuazione da parte degli amministratori. Elemento questo che, intanto, è utile per delineare il tipo di ingerenza che caratterizza i sindacati di gestione rispetto ad altri fenomeni che pure appartengono alla stessa macroarea; inoltre, chiarisce la misura dell'interferenza rispetto al sistema di ripartizione delle competenze e al principio dell'esclusività della gestione *ex art. 2380-bis c.c.*

Ciononostante, pare opportuno aggiungere qualche ulteriore considerazione sulla dottrina in tema di amministratore di fatto, sebbene ci si limiti in questa sede soltanto a farvi cenno, anche in vista del confronto con le regole dettate per le altre ipotesi di effetti pregiudizievoli derivanti da ingerenza (legittima) nella gestione.

In primo luogo, deve ricordarsi che la concezione dell'amministratore di fatto è notevolmente cambiata. Da un approccio formalistico che presupponeva un soggetto munito di un atto di investitura, seppure invalido o irregolare,²⁴⁴ si

²⁴³ Figura che può forse dirsi assorbita in quella dell'amministratore di fatto, se ne distingueva in quanto presupponeva che l'influenza fosse esercitata per il tramite degli amministratori di diritto e non, direttamente, attraverso il compimento di atti tipici.

²⁴⁴ Anche se, per ovviare agli inconvenienti di un'interpretazione tanto restrittiva, si giungeva a parlare di "nomina implicita" pur di ricomprendervi i casi in cui il soggetto fosse totalmente privo di investitura ma si fosse concretamente ingerito esercitando il potere gestorio. Cfr. Cass., 3 luglio 1998, n. 6519, *cit.*, 3209.

Proprio in punto di nomina implicita e anche per le interessanti implicazioni in tema di sindacati di gestione, si richiami la sentenza della Cassazione, 12 gennaio 1984, n. 234 (*cit.*, 182 ss.) in cui la Corte inaugurava l'approccio formalistico. Pur ritenendo sussistente la responsabilità dell'amministratore di fatto *ex art. 2392 c.c.*, la Corte seguiva un *iter* argomentativo che già allora era oggetto di critica da parte di autorevole dottrina.

Nel caso di specie la sussistenza di un patto parasociale che conferisse al soggetto la totalità dei poteri inerenti la funzione amministrativa con l'impegno di tutti i paciscenti (i soci e l'amministratrice unica della società) di rispettarne le deliberazioni e il fatto che il soggetto avesse agito effettivamente come amministratore, nella piena consapevolezza di tutti i soci (che per il carattere familiare della società non potevano non essere a conoscenza del ruolo effettivamente svolto da tale soggetto), *non* era di per sé sufficiente per estendere la responsabilità prevista per gli amministratori di diritto. E infatti, a differenza di quanto poteva

è passati a una concezione c.d. funzionale che è, ad oggi, prevalente, e che valorizza l'esercizio concreto del potere gestorio ²⁴⁵.

Quanto ai presupposti necessari perché possa ricorrersi alla qualifica di amministratore di fatto, oltre alla continuità del potere e all'autonomia decisionale, la sua attività deve consistere, come si è detto, nel compimento di *atti tipici* rientranti nella funzione amministrativa ²⁴⁶.

dirsi per la responsabilità penale, la responsabilità civile postula un rapporto organico con la società, in base al quale «sono in necessaria correlazione i poteri e i doveri che in base alla legge e all'atto costitutivo attengono alla posizione di amministratore: quei doveri non sorgono se non sono stati conferiti i corrispondenti poteri gestori» e che «questo inserimento nell'effettività delle funzioni di gestore può aversi, manifestamente, solo attraverso un atto esplicito o implicito di preposizione del competente organo societario (assemblea o consiglio di amministrazione) che tenga il luogo della formale deliberazione di nomina dell'amministratore». Al di fuori di queste ipotesi, chiariva la Corte, «la società resta estranea all'attività del terzo, il quale risponde dei danni anche nei confronti della stessa società, a titolo di responsabilità aquiliana». In conclusione la Corte riteneva di potere comunque ravvisare una nomina implicita: l'accordo parasociale veniva qualificato come mandato ad amministrare conferito dai soci (e come una sostituzione nel mandato non autorizzata rispetto all'amministratrice unica), la condotta dell'amministratore di fatto era stata però ratificata dalla società la quale aveva approvato i bilanci da costui redatti con ciò implicitamente investendolo della funzione amministrativa (nelle parole della Corte, la nomina implicita si sarebbe ravvisata quando «pur mancando la tipica deliberazione di nomina, l'investitura costituisce un presupposto non espresso, ma indefettibile di una deliberazione di assemblea (o del consiglio) avente un diverso contenuto»).

Come anticipato, a commento della pronuncia richiamata (F. BONELLI, *La prima sentenza*, cit., 182 ss.) si osservava come non potessero condividersene le ragioni e che la categoria della deliberazione assembleare implicita fosse una categoria discussa e la cui ammissibilità era esclusa da dottrina e giurisprudenza prevalenti e che l'esercizio di fatto delle funzioni rimanesse l'*unico elemento* la cui sussistenza andasse verificata per affermare la responsabilità dell'amministratore di fatto («la maggior parte degli obblighi previsti dalla legge per gli «amministratori» [...] sono regole che disciplinano il corretto svolgimento dell'attività di gestione della società, indipendentemente dalla qualifica formale del soggetto che pone in essere l'attività», p. 186).

²⁴⁵ Cfr., *ex multis*, N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto*, cit., *passim*; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *135 Quad. giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 1992, 123 ss.; G. GUIZZI, *Problemi*, cit., 19 ss.

Le decisioni che segnano il mutamento interpretativo sono Cass., 6 marzo 1999, n. 1925 e Cass., 14 settembre 1999, n. 9795, cit., 167 ss.

L'emersione a livello normativo della figura si rintraccia nell'art. 2639 c.c. che, al primo comma, si riferisce a «chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione» come confermato dalla Relazione governativa di commento al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 che ha introdotto la disposizione.

²⁴⁶ Non sarebbero invece necessarie né la visibilità né che il soggetto agisca in maniera isolata potendo anche ipotizzarsi che l'amministratore di fatto agisca di concerto (e quindi come cogestore) con l'organo di diritto. La relazione di accompagnamento al decreto del 2002 che è intervenuto sull'art. 2639 chiarisce che non ogni ingerenza rileva ma solo quella che corrisponde esattamente per intensità e stabilità all'area delle competenze proprie dell'amministratore di diritto, restandone, invece, esclusi gli atti meramente occasionali.

In ultimo, quanto al regime di responsabilità, che è poi il profilo che maggiormente interessa in vista di un'analogia (già esclusa per differenza di presupposti), si estende all'amministratore di fatto quello previsto per gli amministratori di diritto dagli artt. 2392 ss. c.c. ma nei limiti in cui tali obblighi siano compatibili con il difetto di un formale inserimento dell'amministratore nell'organizzazione della società ²⁴⁷.

3.2. La responsabilità dei soci di s.r.l.

La prima delle due fattispecie di "ingerenza" nella gestione regolate dal legislatore è quella che si realizza in virtù del coinvolgimento dei soci di s.r.l. nella gestione della società.

Peraltro, considerato quanto già osservato con riferimento all'amministratore di fatto e quanto si dirà per la responsabilità da abuso di direzione e coordinamento di società, si tratta della fattispecie che sembrerebbe offrire una regola suscettibile di applicazione anche nei confronti degli aderenti a un sindacato di gestione.

La regola in questione è quella sancita dal settimo comma dell'art. 2476 c.c. a mente del quale «sono altresì solidamente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi».

Tuttavia, per verificarne l'applicabilità in via analogica occorre prima individuarne la *ratio* e i presupposti di fatto e di diritto.

La disposizione si presta a interpretazioni alternative, che emergono anche dalla Relazione di accompagnamento alla legge di Riforma, che non pare risolutiva in tal senso ²⁴⁸.

²⁴⁷ Osserva P. M. SANFILIPPO, *Gli amministratori, cit.*, 438, che rimane una profonda differenza tra l'amministratore di fatto e quello di diritto, in quanto il potere di fatto non è sufficiente a legittimare l'amministratore nei rapporti esterni. Nei rapporti interni, osserva lo stesso A., «il rapporto fra l'amministratore di fatto e gli altri soggetti appartenenti all'organizzazione societaria può dirsi disciplinato da rapporti parasociali, ma non è tale da inficiare le regole formali di funzionamento della società».

Per una disamina approfondita delle diverse questioni che si pongono con riferimento al regime di responsabilità applicabile all'amministratore di fatto, anche con ampi riferimenti all'esperienza dei *fiduciary duties* si veda E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione, cit.*, 93 ss.

²⁴⁸ Il riferimento è al § 11 della Relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003 dove si legge: «Importante è infine la disposizione del penultimo comma dell'art. 2476, ove si afferma la

Secondo un'interpretazione "tipologica" la regola troverebbe la propria giustificazione nell'impronta fortemente personalistica propria della società a responsabilità limitata e non si presterebbe, per questa ragione, a essere estesa oltre i confini del tipo e, quindi, alla s.p.a.²⁴⁹.

Al contrario, vi è chi ritiene che la norma assolve ad una finalità di carattere generale, di garanzia della corretta gestione societaria, e sia volta a reprimere un fenomeno che, sebbene più diffuso nelle società a responsabilità limitata, non è estraneo ad altri tipi²⁵⁰.

Possibilmente esiste una correlazione tra la regola di responsabilità e l'assetto organizzativo della s.r.l.²⁵¹ in cui, da un lato, la distribuzione di competenze tra organi è rimessa all'autonomia statutaria e gli amministratori possono richiedere l'approvazione dei soci in ordine al compimento di atti gestori (art. 2479, co. 1, c.c.); dall'altro, l'atto costitutivo può prevedere

responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che intenzionalmente hanno contribuito al compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. Si tiene in tal modo conto delle caratteristiche del tipo societario in questione e della circostanza che nella concreta realtà in esso molto spesso l'effettivo potere di amministrazione non corrisponde all'assunzione della relativa veste formale e che, pertanto, la mancata assunzione della prima non può divenire un facile strumento per eludere la responsabilità che deve incombere su chi la società effettivamente gestisce. Sarà naturalmente compito soprattutto dell'interprete individuare, con riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto, le caratteristiche che dovrà assumere il comportamento del socio per comportare l'assunzione della responsabilità prevista dalla disposizione».

Per la duplicità delle prospettive adottabili cfr. V. MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 667 ss.

²⁴⁹ Cfr. G. ZANARONE, *Le altre società di capitali*, in Aa. Vv., *Diritto commerciale*, 2007, 307 ss.; A. IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. SANTORO, Giappichelli, Torino, 2003, 191 ss.; O. CAGNASSO, *Gestione attribuita ai soci delle società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 454 ss.

Per una riflessione più generale sulla rilevanza della persona del socio nella s.r.l., con particolare attenzione ad alcuni profili della disciplina legale, cfr. M. PERRINO, *La "rilevanza del socio" nella s.r.l.*, cit., 810 ss.

²⁵⁰ Cfr. V. MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 684 ss.; S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1060 e 1076; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, cit., 332 ss. il quale ritiene che la regola di responsabilità dettata dal settimo comma dell'art. 2476 c.c. si applichi anche in assenza dell'esercizio dell'autonomia statutaria, cioè anche nel caso in cui non siano stati assegnati particolari diritti sull'amministrazione o lo statuto abbia attribuito all'organo amministrativo la funzione gestoria.

²⁵¹ *Contra* V. MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 667 ss. il quale, invece, ritiene che la regola di responsabilità di cui al settimo comma dell'articolo 2476 c.c. non è necessariamente legata alle modalità di organizzazione delle competenze sociali.

l'attribuzione a singoli soci di «particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società» (art. 2468, co. 3, c.c.). Quanto alla ragione o, meglio, all'opportunità di un coinvolgimento dei soci nella gestione, anche sul punto si ravvisano opinioni contrastanti ma può osservarsi che, in un tipo sociale in cui la persona del socio rileva individualmente, è ragionevole ritenere che questo sia interessato a partecipare attivamente alla vita sociale e che ciò risponda anche a esigenze di efficienza (il socio è interessato in prima persona all'andamento della società) e, quindi, di migliore tutela dell'interesse sociale ²⁵².

Se poi tali considerazioni debbano ritenersi esclusivamente legate alla s.r.l. o, invece, suscettibili di estensione dipende da quale dei summenzionati profili voglia ritenersi prevalente sebbene non sia da escludere che anche in una s.p.a. (si pensi alle società chiuse a base azionaria ristretta) possano darsi delle situazioni in cui la componente personalistica assuma rilievo ²⁵³ e che, quindi, dalla disciplina che si sta esaminando sia possibile ricavare dei principi comuni a tutte le società di capitali ²⁵⁴. Taluno ritiene che tale estensione in via

²⁵² Cfr. R. VIGO, *I "particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società" e gli equilibri dei soci di s.r.l.* e R. MANGANO, *Il potere di informazione e di ispezione del socio di s.r.l. Spunti per un'analisi economica del diritto*, relazioni entrambe presentate al Terzo Convegno Nazionale organizzato da "Orizzonti del Diritto Commerciale" sul tema "La protezione dei soggetti deboli tra Equità ed Efficienza", Roma 10 - 11 febbraio 2012, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

²⁵³ Apprezzava le ampie possibilità di personalizzazione delle società chiuse, avvertendo l'esigenza di distinguere tale sub-modello di s.p.a. dalla, allora nuova, s.r.l., M. PERRINO, *La "rilevanza del socio" nella s.r.l.*, cit., 810 ss.

²⁵⁴ In senso favorevole all'estensione della regola alle s.p.a. si vedano V. MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 684 ss. il quale osserva testualmente «l'estensione della disciplina della responsabilità ai soci di s.p.a. è, dunque assai meno problematica: è l'ingerenza stessa che, a dispetto dei modelli organizzativi adottati, evidenzia il loro ruolo di compartecipi alla gestione d'impresa»; U. TOMBARI, *La responsabilità dei soci*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. A. DOLMETTA - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2011, 717 ss.; S. ROSSI, *Deformalizzazione*, cit., 1077 s.. *Contra* si vedano A. DOLMETTA, *Sul "tipo" S.r.l.*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. A. DOLMETTA - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2011, 15 ss.

Si veda, in particolare, M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, cit., 335, il quale non solo ritiene che la regola sia estensibile anche alla s.p.a. ma sottolinea che, altrimenti, sarebbe come volere dire che il socio di s.r.l. che si ingerisce nella gestione risponde della propria condotta mentre il socio di s.p.a. che fa lo stesso no.

Cfr. E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 184 la quale richiama l'opzione interpretativa sostenuta in dottrina secondo cui sarebbe utile a tal fine superare l'astratta contrapposizione tra tipi e procedere piuttosto all'individuazione di modelli socio-economici in modo tale che «non solo la s.r.l. può essere accomunata alla s.p.a. "chiusa", ma anche al suo interno possano essere individuati vari (sub-) modelli (che portano, ad esempio, a distinguere

analogica sarebbe, però, possibile negli stessi limiti in cui l'“ingerenza” dei soci assume rilievo nella s.r.l.²⁵⁵.

A tal fine è utile capire quali siano i presupposti perché questa ingerenza si configuri e quali quelli perché il socio possa essere chiamato a risponderne.

In primo luogo, il coinvolgimento dei soci avviene attraverso l'esercizio di un'influenza. A differenza di quanto si è visto a proposito dell'amministratore di fatto, il socio di s.r.l. non si sostituisce all'amministratore compiendo *direttamente* atti tipicamente rientranti nella funzione di questo ma interviene *prima* che l'atto sia compiuto per approvarlo e/o influenzarne il compimento²⁵⁶. Fin qui lo schema sembra richiamare quello dei sindacati di gestione dove, seppure a un livello diverso del rapporto contrattuale tra soci (parasociale e non sociale), la direzione del sindacato emana istruzioni e i paciscenti si impegnano a fare il possibile affinché queste vengano seguite ma il compimento dell'atto è di competenza dell'organo amministrativo.

Tuttavia, è controverso se il coinvolgimento richiamato dalla legge sia quello che ha luogo mediante atti tipici (decisioni o autorizzazioni espresse nelle sedi istituzionali) o se, invece, possano rilevare anche forme di partecipazione atipiche, meramente fattuali²⁵⁷. Un'interpretazione restrittiva avrebbe una duplice conseguenza: rispetto alla s.p.a., l'effettiva utilità di un'estensione della regola sarebbe ridotta perché in quel tipo l'ingerenza è soprattutto fattuale dato che l'assetto organizzativo non consente di rintracciare strumenti tipici di coinvolgimento dei soci, analoghi a quelli riscontrabili nella s.r.l.²⁵⁸; rispetto

tra la s.r.l. “a rilevanza pubblica” e la s.r.l. “a rilevanza privata”»).

²⁵⁵ Cfr. E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 186 ss.

²⁵⁶ Cfr. G. ZANARONE, *sub art. 2476: responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*, *Della società a responsabilità limitata*, t. 2, artt. 2475 - 2483, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2010, 1124 secondo il quale «il *proprium* della condotta dei soci è rappresentato da un intervento di tipo preliminare rispetto al “compimento” dell'atto».

²⁵⁷ Osserva V. MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 682 che «non è azzardato sostenere che i termini «decisione» e «autorizzazione» non debbano necessariamente indicare manifestazioni di volontà espresse dai soci in forme istituzionali, ma ogni loro manifestazione di volontà, che valga a dare impulso all'azione degli amministratori o a rimuovere un ostacolo al suo svolgimento».

Per un'interpretazione estensiva della regola di responsabilità sancita dall'articolo 2476, co. 7, c.c., cfr. anche M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 121, il quale vi fa rientrare anche le forme di influenza attuate mediante la stipulazione di un sindacato di gestione.

²⁵⁸ Nella s.p.a. è possibile riscontrare forme di ingerenza consentite dal legislatore o

all'ingerenza derivante dalla partecipazione a un patto parasociale di gestione, anche questa ne resterebbe esclusa per il fatto stesso di porsi su un piano distinto da quello sociale e di rilevare come mero fatto. A ciò si aggiunga che un'interpretazione che lasciasse fuori le ipotesi di coinvolgimento meramente fattuale, oltre a creare una lacuna in ordine al regime di responsabilità applicabile in questo caso (probabilmente quello della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.), potrebbe avere l'effetto di indurre i soci a farvi ricorso proprio per eludere la regola di responsabilità di cui all'art. 2476, co. 7, c.c.²⁵⁹.

Si è sostenuto²⁶⁰ sul punto che, fermi i vantaggi di un approccio funzionale, tale regola si riferirebbe *essenzialmente* a forme tipiche di ingerenza, e cioè forme di coinvolgimento strumentali (anche) al soddisfacimento dell'interesse della società. In altre parole, assunto che l'ingerenza legittima dei soci è essa stessa uno strumento per garantire la corretta gestione in quanto, come si è detto, i soci sono direttamente interessati a ciò, deve ritenersi che la regola di responsabilità in commento è un privilegio (perché limitata agli atti dolosi) che si spiega ove ricorrano tali presupposti, come presumibilmente è per gli atti tipici assunti nelle sedi istituzionali. Al contrario, le ingerenze atipiche o di mero fatto sono verosimilmente spinte da interessi "egoistici", magari confliggenti con quello sociale, e volte ad acquistare una posizione di potere all'interno della società. Ne deriva che esse non meritano il trattamento di favore di una responsabilità a titolo di dolo, dovendo, invece, ricevere un trattamento più severo.

Ove, invece, si preferisse quell'interpretazione²⁶¹ che sgancia la regola di responsabilità dai casi di esercizio dell'autonomia statutaria e, quindi, dalle

comunque rispondenti a un interesse della società come nel caso dell'emissione di strumenti finanziari partecipativi e della stipulazione di *covenants* finanziari. Tuttavia, si tratta di forme di ingerenza esercitate da parte di non soci e in caso di danno alla società potrebbe ricorrersi o alla disciplina dell'abuso da direzione e coordinamento, ove ne ricorrano i presupposti, o alla disciplina generale della responsabilità da illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c.

Sull'opportunità di estendere la regola anche ai non soci e di prevedere un trattamento omogeneo per i soggetti che compiono atti dannosi per la società si veda E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 187.

²⁵⁹ Mette in guardia da tale rischio S. ROSSI, *Deformalizzazione*, cit., 1064, nt. 11. A favore di un'interpretazione estensiva U. TOMBARI, *La responsabilità dei soci*, cit., 722 e, in giurisprudenza, Trib. Milano, 9 luglio 2009, reperibile su www.dejure.it.

²⁶⁰ L'opinione è di E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 157 ss.

²⁶¹ Cfr. M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, 332 ss.

ipotesi legali di coinvolgimento dei soci di s.r.l. nella gestione (artt. 2468, co. 3 e 2479, co. 1, c.c.)²⁶², e la si considerasse come una regola di portata generale non vi sarebbe ragione di restringerne l'applicazione ai soli atti tipici.

Da quanto detto sinora potrebbe dedursi che è rintracciabile nel nostro sistema un principio generale di responsabilità per ingerenza nella gestione e che il regime applicabile, *alias* il trattamento da riservare a chi si ingerisce (non per il fatto stesso di ingerirsi ma in quanto ne sia derivato un pregiudizio per la società) non è necessariamente omogeneo, potendo variare anche in ragione degli interessi coinvolti.

Quale regime di responsabilità debba allora applicarsi a tali diverse forme di ingerenza (tra le quali certamente si inseriscono i sindacati di gestione) resta una questione aperta.

Per quanto riguarda la responsabilità dei soci di s.r.l., mentre è pacifico che sia extracontrattuale nei confronti dei singoli soci o dei terzi danneggiati; deve darsi conto dell'opinione secondo cui chi viene a detenere una posizione di controllo è investito di un dovere di protezione, di un obbligo fiduciario nei confronti della società ed è tenuto ad agire secondo buona fede e correttezza. Si verrebbe a creare, quindi, un rapporto contrattuale (quasi per "contatto sociale") sebbene pur sempre limitato alle condotte intenzionali, secondo il disposto di cui al settimo comma dell'art. 2476 c.c.²⁶³.

Poiché tale ricostruzione richiama i principi di «corretta gestione

²⁶² Cfr. V. MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 667 ss., il quale ritiene che non vi sia alcun legame tra le modalità organizzative delle competenze sociali e la responsabilità dei soci ex art. 2476, co. 7, c.c. e che tale responsabilità sia connessa al compimento di *qualunque* loro attività che induca al compimento di atti gestori da parte degli amministratori.

²⁶³ Cfr. M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, cit., 332 ss. il quale ritiene che la disciplina di cui all'art. 2476, co. 7, c.c. confermerebbe l'esistenza di un dovere fiduciario in capo a chi di ingerisce nella gestione e che, pertanto, la relazione tra tale soggetto e la società lesa si pone sul piano dei rapporti *sociali*. Pertanto, nell'opinione dello stesso A., le conseguenze dell'ingerenza non possono essere trattate come un «accidente» capitato alla società al pari dell'illecito aquiliano (ID., *op. ult. cit.*, 335).

Osserva, tuttavia, V. MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 689, con riferimento alla responsabilità dei soci di s.r.l., che il regime previsto dall'articolo 2476, co. 7, c.c. è inedito nella sua tipizzazione, ma non nella sua struttura. «In assenza della norma, la via per configurare la responsabilità del socio «istigatore» sarebbe comunque quella di ravvisare nell'istigazione una forma di induzione all'inadempimento o alla commissione dell'illecito (a seconda della natura della responsabilità del soggetto istigato), che presuppongono entrambe il dolo»; tuttavia, il fatto che si tratti di responsabilità per dolo non è in sé incompatibile con le regole della responsabilità contrattuale, «il vero problema è *come* costruire il dolo» (p. 690).

societaria e imprenditoriale» enunciati in seno alla disciplina della direzione e coordinamento di società, conviene passare ad analizzare i tratti essenziali di questa, per poi ricondurre ad unità le considerazioni svolte e verificarne la tenuta rispetto ai sindacati di gestione ²⁶⁴.

3.3. Il richiamo alla responsabilità per abuso di direzione e coordinamento di società.

Al di là di una sua diretta applicabilità alla fattispecie dei sindacati di gestione ²⁶⁵, la disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c. offre numerosi spunti per una riflessione sul fenomeno dell'eterogestione in senso ampio.

Ed infatti, posto che il potere di direzione e coordinamento resta qualitativamente distinto dal potere di influenza derivante dalla conclusione di un patto di gestione, vi è che il legislatore regola l'ipotesi in cui l'attività di un soggetto giuridicamente autonomo è sottoposta alla direzione di un altro da cui il primo economicamente dipende ²⁶⁶ e, inoltre, fissa una regola di responsabilità che, superando la titolarità formale del potere di gestione, risale alla fonte effettiva di quel potere e ne sanziona l'abuso (art. 2497, co. 1, c.c.) ²⁶⁷.

In questi termini, la materia potrebbe offrire soluzioni applicative alla questione del ruolo dei paciscenti e di una loro responsabilità per la gestione.

²⁶⁴ Sulla rilevanza sistematica dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, si vedano F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 153 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni e gli "altri"*, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, Giuffrè, Milano, 2010, 61 s.; U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 635.

²⁶⁵ Come si è già avuto modo di chiarire, per esigenze legate all'impostazione del lavoro, non si approfondirà la questione, rilevante e molto complessa, della possibilità che un accordo parasociale, nella specie di gestione, dia luogo alla costituzione di una posizione di controllo.

²⁶⁶ Di fatto, specie se si ha riguardo alla disciplina dettata dall'art. 2497-bis c.c., rileva come il legislatore abbia inteso disciplinare in positivo l'organizzazione del gruppo costruendo un sistema in cui la soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento è in sé legittima se sono osservati gli obblighi di pubblicità e motivazione imposti dalla legge. Cfr. N. RONDINONE, *Società (gruppi di)*, cit., 598.

²⁶⁷ Osserva F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 21, che l'introduzione della disciplina della direzione e coordinamento ex artt. 2497 ss. «ha sovvertito talmente l'equilibrio logico-sistematico sotteso alle precedenti ricostruzioni, aprendo una breccia insanabile nel dogma della irresponsabilità dell'azionista».

Taluno ²⁶⁸ sostiene, infatti, che, ferma la responsabilità di chi formalmente e sostanzialmente resta titolare del potere di gestione, la regola su richiamata, riguardo alla responsabilità solidale di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento, consentirebbe di superare il dogma dell'irresponsabilità dei soci di s.p.a. per l'amministrazione qualora questi l'abbiano influenzata proprio a mezzo di un sindacato di gestione. Tale soluzione interpretativa eviterebbe di dovere ricorrere alle figure dell'amministratore di fatto o dello *shadow director* ²⁶⁹ ovvero di ricorrere alla responsabilità aquiliana per induzione all'inadempimento o a quella *ex art. 2476, co. 7, c.c.* che richiede la difficile prova del dolo dei soci sindacati (come consapevolezza della dannosità dell'atto)

²⁶⁸ Cfr. F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1205; M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 124, il quale assimila l'attività dei soci sindacati a quella degli amministratori di una società controllante rispetto alla controllata: in entrambi i casi si tratterebbe di una gestione *indiretta* in quanto la gestione sarebbe esercitata dagli amministratori di diritto ma indirizzata dall'esterno.

Si vedano pure P. FIORIO, *sub artt. 2341-bis e 2341-ter*, cit., 140, nt. 34, dove l'A. osserva che il riferimento contenuto nell'articolo 2497 c.c. alle società o agli «enti» sembra potere ricomprendere entità collettive diverse «quali potrebbero essere ad esempio le associazioni non riconosciute nel cui schema normativo pare della dottrina ha ricondotto alcune particolari categorie di patti parasociali»; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, cit., 333 ss.; G. COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 202, il quale qualificava il sindacato come una «forma atipica di associazione in senso ampio» ma opportunamente distingueva il fenomeno tanto dalle associazioni non riconosciute quanto dalle società vere e proprie, difettando tanto il potere di intrattenere rapporti con i terzi in nome del sindacato quanto un'ampia operatività del principio maggioritario (che andasse oltre le deliberazioni sul voto).

²⁶⁹ Quanto all'amministratore di fatto si è già evidenziato quanto il richiamo a tale figura parlando di sindacati di gestione risulti poco calzante, atteso che il *proprium* dell'amministratore di fatto consiste nel compimento *diretto* di atti tipici dell'organo amministrativo. Quanto allo *shadow director*, le corti di *common law* hanno chiarito che è tale colui il quale esercita un controllo effettivo sul *board* in capo al quale non residua alcuna autonomia di giudizio o discrezionalità, elementi questi che rendono la figura comunque non del tutto coincidente con quella dell'aderente al sindacato di gestione.

Cfr. M. FRANZONI, *Gli amministratori*, cit., 14; G. SBISÀ, *Patti parasociali e responsabilità*, cit., 459, il quale esclude che i soci sindacati possano essere qualificati come amministratori di fatto. Si veda pure G. SEMINO, *Il problema della validità*, cit., 396, il quale osserva che, se è vero che l'accordo parasociale potrebbe configurarsi come una prova della nomina tacita di un amministratore di fatto (come si è visto, la Cassazione ha chiarito che, ai fini della configurazione di un amministratore di fatto, non è necessaria una veste formale: una delibera di nomina irregolare, invalida, tacita o implicita), difficilmente il sindacato o i paciscenti tratteranno direttamente con i terzi ma si limiteranno a «impartire istruzioni (generalmente solo su alcune operazioni e in modo del tutto informale) agli amministratori ufficiali». Nello stesso senso, M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 123, il quale giustamente osserva che, in ogni caso, i soci sindacati non potrebbero essere equiparati ad amministratori di fatto dato che l'operatività delle decisioni assunte dagli organi del sindacato richiede *sempre* un recepimento (volontario) da parte degli amministratori.

²⁷⁰.

Per verificare l'opzione interpretativa appena richiamata, è necessario individuare *ratio* e presupposti di fatto e di diritto della disciplina ex artt. 2497 ss. c.c.

Analogamente a quanto si è visto a proposito della società a responsabilità limitata, chi esercita un'attività di direzione e coordinamento è soggetto a un regime di responsabilità specifico in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale ²⁷¹. Tale regime avrebbe, in quanto tale, carattere eccezionale e troverebbe applicazione non in presenza di una qualsiasi forma di direzione ma solo nel caso in cui essa sia funzionale alla realizzazione di un disegno imprenditoriale unitario (coordinamento) ²⁷².

Quanto ai presupposti soggettivi, com'è noto, la disciplina si riferisce, letteralmente, a «le società o gli enti» e, ai fini della sua applicazione, è sufficiente il mero fatto della direzione e del coordinamento, per la configurazione dei quali rileva che la presunta *holding* sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato o eserciti un controllo ex art. 2359 c.c. (art. 2497-*sexies*

²⁷⁰ Cfr. M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 125, nt. 37, il quale osserva che la responsabilità per induzione all'inadempimento potrebbe configurarsi semmai quando i soci si ingeriscano *occasionalmente* nella gestione ma non quando ricorra un apposito patto parasociale nel qual caso l'attività dei paciscenti sarebbe organizzata e continuativa e si esplicherebbe attraverso apposite procedure. *Contra* G. SBISÀ, *Patti parasociali*, cit., 466; P. CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1999, 342, ipotizzando che siano superati «gli scogli in materia probatoria»; M. FRANZONI, *Gli amministratori*, cit., 15.

Quanto alla responsabilità sociale degli amministratori per gli atti compiuti in esecuzione delle direttive del sindacato, vi è chi (G. SBISÀ, *Patti parasociali*, cit., 455) ritiene che i soci sindacati non potrebbero invocarla in virtù della *exceptio doli generalis*, analogamente a quanto si riteneva prima della riforma del 2003, quando si escludeva che la società potesse promuovere l'azione sociale di responsabilità avverso gli amministratori per le operazioni deliberate dall'assemblea ex 2364, n. 4, c.c. *Contra* F. VASSALLI, *I sindacati*, cit., 1205, secondo il quale si tratterebbe di ipotesi diverse e la responsabilità degli amministratori resterebbe ferma anche nei confronti dei soci sindacati in virtù della separazione tra il piano sociale e quello parasociale: a differenza della deliberazione assembleare, le direttive degli organi del sindacato resterebbero pur sempre esterne e prive di efficacia reale.

²⁷¹ Cfr. U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, cit., 103 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 757.

²⁷² Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. *Atti del convegno Milano, 9 ottobre 2009*, in *Quad. giur. comm.*, 115 ss.; M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 74 ss.

c.c.)²⁷³.

Con riferimento al regime di responsabilità, che è in questa sede quello che più interessa, alcuni elementi meritano di essere richiamati: *i*) si tratta di una responsabilità per avere agito «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui» in violazione dei principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale» (art. 2497, co. 1, c.c.); *ii*) la responsabilità sussiste *direttamente* nei confronti dei soci o dei creditori della società diretta, che dovrà prima essere stata inutilmente escussa (art. 2497, co. 1, c.c.) e 3); *iii*) la responsabilità non sussiste se il danno risulta mancante alla luce dei risultati complessivi (art. 2497, co. 1, c.c.); *iv*) risponde in solido «*chi* abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio» (art. 2497, co. 2, c.c.).

Si è già accennato al fatto che taluno ha ritenuto di potere ricavare da tale disciplina l'esistenza di un generale dovere di corretta gestione che porterebbe a qualificare la responsabilità della *holding* come responsabilità contrattuale (sul presupposto che la direzione e il coordinamento instaurino un rapporto contrattuale con la società diretta)²⁷⁴. Da tale lettura, pure si è dedotta la configurabilità di un vero e proprio dovere fiduciario in capo a chi controlla e, in ciò, una comunanza di principi tra la disciplina in parola e quella, già vista, della responsabilità dei soci di s.r.l.²⁷⁵.

In senso dubitativo si osserva che si tratterebbe, invero, di una responsabilità extracontrattuale per l'ingerenza di un terzo estraneo (la *holding*) nella gestione della società diretta²⁷⁶. Potrebbe ragionevolmente trattarsi di una responsabilità per induzione all'inadempimento atteso che, analogamente a quanto avviene nel caso del coinvolgimento dei soci di s.r.l. nella gestione²⁷⁷, gli amministratori della società diretta sono influenzati ma non sostituiti e quindi

²⁷³ Per una panoramica sulla fattispecie con ampi riferimenti alla dottrina in materia, si veda E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 188 ss.

²⁷⁴ Cfr. M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, cit., 335

²⁷⁵ Cfr. M. RESCIGNO *Eterogestione e responsabilità*, cit., 335 e S. ROSSI, *Deformalizzazione*, cit., 1074.

²⁷⁶ L'esistenza di un *obbligo* di corretta gestione mal si concilierebbe con il fatto che l'attività di direzione e coordinamento rileva come fatto osserva E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 242 ss.

²⁷⁷ Ma con la differenza che in questo caso rileverebbero anche le condotte colpose.

mantengono la propria competenza e discrezionalità (seppure rimodulate per la presenza di un disegno imprenditoriale unitario che travalica i confini dell'impresa soggetta a direzione e coordinamento) ²⁷⁸.

Del resto, la qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale sarebbe in linea anche con la *ratio* di favore che si ritiene ispiri la disciplina e che verrebbe contraddetta ove, invece, si configurasse una responsabilità contrattuale (meno favorevole al convenuto).

Quanto, infine, alla responsabilità solidale di chi abbia preso parte o tratto vantaggio dall'attività di direzione e coordinamento, si ritiene che non possa essere genericamente chiunque ma chi abbia avuto, con tale attività, un legame effettivo e non meramente occasionale, potendosi trattare o degli organi di controllo e di gestione delle società o, eventualmente, di altri (come i creditori o le società di revisione) ²⁷⁹.

In merito alla possibilità di estendere tali regole di responsabilità ad altri casi di eterogestione, è utile rilevare adesso, rinviandone le conclusioni alla fine del lavoro, che dal confronto tra i regimi di ingerenza nella gestione che si sono analizzati emerge che le finalità cui essi assolvono sono parzialmente diverse, prevalentemente compensative nel caso dell'amministratore di fatto, di favore nel caso della responsabilità dei soci di s.r.l. o per abuso di direzione e coordinamento.

Escluso il riferimento all'amministratore di fatto, ciò che accomuna le altre

²⁷⁸ Cfr. Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, 78 ss.; Cass., 28 febbraio 2012, n. 3003, in *www.dejure.it*.

²⁷⁹ Forse anche gli aderenti a un sindacato di gestione ma sul presupposto che questo possa rilevare ai fini della disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c. e che si fornisca la non facile prova della partecipazione *stabile* dei paciscenti all'*attività*. Al contrario, la partecipazione effettiva e continua all'attività si presume in capo a chi è legato, in ragione della propria qualifica, alla società che esercita la direzione e coordinamento (come, appunto, gli organi di controllo e di amministrazione tanto della *holding* quanto della società diretta).

Si veda però M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità*, cit., 332 ss. secondo il quale il secondo comma dell'art. 2497 c.c. rivelerebbe l'intenzione del legislatore di coinvolgere nella responsabilità chiunque abbia preso parte al fatto lesivo. Sebbene il commento fosse formulato con riferimento al progetto di riforma nel quale, com'è noto, la precedente formulazione dell'art. 2497 c.c. faceva riferimento genericamente a «chiunque» esercitasse attività di direzione e coordinamento, pare che esso mantenga la propria validità dato che il secondo comma continua a riferirsi a «chi» abbia preso parte al fatto lesivo con una portata soggettivamente estensiva della norma e che non vi sarebbe ragione di restringere solo a chi abbia partecipato stabilmente all'attività sociale.

due fattispecie a quella dei sindacati di gestione è che l'ingerenza avviene nella forma dell'influenza. Tuttavia, mentre, nel caso della direzione e coordinamento ciò non è sufficiente nel senso che è necessaria un'*attività* e quindi una stabilità e continuità nell'esercizio di essa, oltre che una dipendenza economica e la presenza di un progetto unitario (elementi che potrebbero non ricorrere nel caso dei sindacati di gestione); per la responsabilità dei soci di s.r.l. è sufficiente il compimento di *atti* (decisioni o autorizzazioni).

Anche rispetto a quest'ultima fattispecie, però, si è detto che l'estensione è ammissibile entro gli stessi limiti e non è certo che possano rientrarvi anche le ipotesi di coinvolgimento meramente fattuale, come l'influenza di chi partecipa a un sindacato di gestione.

Ciò che emerge dall'analisi complessiva finora svolta è che, a fronte del compimento di un atto di *mala gestio*, (anche) in forza dell'influenza esercitata da un terzo, è ragionevole estendere a questo la responsabilità. Tale responsabilità sussisterà, certamente, a titolo di concorso (in solido) con quella dell'organo formalmente autore dell'atto. Essa potrà ricondursi nell'orbita della responsabilità per induzione all'inadempimento ²⁸⁰.

Resta, invece, aperta la questione della estensibilità di regimi di favore quale, in particolare, quello dettato per i soci di s.r.l. (responsabilità per dolo) anche se è discusso se sia possibile estenderne la portata dato il carattere eccezionale che essi hanno nell'assetto organizzativo delle società di capitali.

4. I sindacati di gestione nella giurisprudenza.

A conferma di un approccio fortemente incentrato sulla valutazione della questione pregiudiziale dell'ammissibilità dei sindacati di gestione, la maggior parte delle pronunce interviene generalmente in una fase antecedente l'attuazione dell'accordo e reca un giudizio di *nullità* di tali patti. Ciononostante, è possibile individuarne alcune che, più o meno apertamente, sembrano

²⁸⁰ Sulla dottrina civilistica dell'induzione all'inadempimento si vedano F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, cit., 1975; M. BESSONE, *Lesione del credito, l'induzione a non adempiere, la tutela aquiliana dei diritti personali di godimento negli orientamenti di una giurisprudenza evoluta*, in *Riv. not.*, 1982, 13 ss.; P. DI MARTINO, *La responsabilità del terzo "complice" nell'inadempimento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1402 ss.

propendere per la loro legittimità ²⁸¹.

Un altro gruppo di pronunce riguarda le conseguenze dell'influenza dei soci sulla gestione, con riferimento a ipotesi in cui tale condotta ha indirettamente determinato un danno a carico della società e con il duplice intento di chiarire sia il ruolo e il titolo della responsabilità dei paciscenti sia il ruolo degli amministratori, la cui responsabilità viene *sempre* confermata.

A parte i richiami alla giurisprudenza diffusamente fatti nel corso del lavoro, si è scelto di approfondire di seguito alcune pronunce ritenute particolarmente significative sia per i principi in esse enunciati sia per la possibilità di rintracciarvi ciascuna delle questioni giuridiche che si sono finora esaminate.

In primo luogo, merita di essere richiamata la sentenza dalla Corte di Appello di Roma del 24 gennaio 1991 ²⁸² e che riguarda una tappa della vicenda scaturita dal noto "Lodo Mondadori", vicenda conclusasi solo di recente con sentenza definitiva della Corte di Cassazione ²⁸³. Sebbene risalente ad un periodo addirittura antecedente la riforma del 2003, il caso merita di essere richiamato sia perché costituisce un esempio noto di sindacato (anche) di gestione sia perché esso è espressione della tesi della nullità di tali accordi per contrarietà con le norme imperative che regolano la distribuzione delle competenze.

Cercando di esemplificare una vicenda molto complessa e isolandone i profili che qui interessano maggiormente, veniva in rilievo un patto parasociale

²⁸¹ Trib. Udine, 7 luglio 1989, in *Società*, 1989, 1317 ss. con commento di V. SALAFIA. Al di là delle peculiarità della fattispecie, relativa a una s.r.l. partecipata esclusivamente da enti ecclesiastici, si tratta di un provvedimento di omologazione di modifica dello statuto sociale, modifica con cui venivano introdotte, tra l'altro, delle clausole che attribuivano all'ordinario diocesano il potere di autorizzare il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Nonostante si trattasse di clausole statutarie, è interessante rilevare che il giudice le ritenesse legittime escludendo sia la lesione dei diritti dei terzi, cui le limitazioni non sarebbero state opponibili ex art. 2384 c.c., sia la lesione dei diritti dei soci atteso che la conformazione della s.r.l. consentiva l'esercizio dell'autonomia statutaria anche in punto di modulazione del potere gestorio.

²⁸² In *Giur. it.*, vol. CXLIII, 1991, I, sez. II, 241 ss. Anche in: *Società*, 1991, V, 625 ss., con nota di R. DABORMIDA, *Sindacati di voto e nullità*, cit.; *Giur. cost. civ.*, I, 1861 ss., con nota di F. CASO, «*De bello Segratense*»: di arbitrati, patti parasociali e altro ancora; *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 803 con nota di CARBONE, *Alcuni limiti presunti e non delle convenzioni di voto*.

²⁸³ Cfr. Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, cit..

che prevedeva vincoli sull'esercizio del voto, limiti al trasferimento delle azioni sindacate e vincoli sulla gestione. Una delle parti, la famiglia Formenton, in violazione del patto, trasferiva le azioni, consentendo la scalata di un terzo. L'altra parte (la C.I.R. di De Benedetti) invocava il rispetto dell'accordo e la soluzione del conflitto era rimessa agli arbitri. Ciò che è importante è che la parte inadempiente adduceva l'inefficacia dell'accordo proprio in ragione della componente attinente alla gestione che, per contrarietà a norma imperativa, doveva ritenersi nulla, rendendo nullo l'intero accordo di cui era parte essenziale. Il collegio arbitrale riteneva che le clausole relative alla gestione fossero nulle e che, tuttavia, ciò non inficiasse la validità dell'intero patto risultando che le parti lo avrebbero ugualmente concluso anche in assenza di quelle. Il lodo veniva impugnato davanti la Corte di Appello di Roma che censurava il giudizio di scindibilità formulato dagli arbitri ritenendo che questi non avessero dato adeguato rilievo alle norme di ordine pubblico.

Al di là delle implicazioni, anche in punto di responsabilità civile e penale, che sono scaturite dall'intricata vicenda giudiziaria, la corte di merito chiariva che la predeterminazione della composizione degli organi sociali così come l'ingerenza nella loro competenza fossero inammissibili. In particolare, la Corte ricordava che «appartengono all'ordine pubblico - in quanto espressive di principi assiomatici perciò dotate di cogenza superiore - le norme che definiscono la struttura delle società dotate di personalità giuridica, la posizione dei loro organi e ne disciplinano le relative attribuzioni, il funzionamento ed i reciproci rapporti»²⁸⁴, richiamando a sostegno della propria posizione due pronunce di legittimità del 1965 dove entrambi i profili venivano espressamente enunciati²⁸⁵.

Se si guarda al contenuto del patto parasociale oggetto della pronuncia²⁸⁶,

²⁸⁴ Cfr. App. Roma, 24 gennaio 1991, in *Giur. it., cit.*, 261.

²⁸⁵ Si tratta delle sentenze della Cassazione del 25 gennaio 1965 (in *Gius. civ.*, 1965, I, 1452 ss.) e del 10 aprile 1965 (in *Mass. Giust. civ.*, 1965, n. 525) che sancivano, la prima, la nullità per contrarietà a norma imperativa ex art. 1418 c.c. di ogni patto che stabilisse un assetto organizzativo o funzionale dell'organismo societario diverso da quello stabilito dal legislatore; la seconda, l'inammissibilità di patti in cui gli amministratori si obbligassero o fossero obbligati ad attenersi a direttive di soci o di terzi.

²⁸⁶ L'accordo FORMENTON/CIR è interamente riprodotto tra i *Materiali* in AA. VV., *Sindacati di voto e di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 705 ss.

l'art. 2, dedicato alla gestione della Mondadori, prevedeva testualmente che «le delibere di particolare rilevanza [...] saranno preventivamente esaminate dall'ing. De Benedetti (o da persona da lui designata) con un rappresentante della Famiglia Formenton» chiarendo che si sarebbe trattato delle deliberazioni riguardanti «a) l'acquisizione e la cessione di partecipazioni nonché gli affitti ed i contratti di gestione di azienda e/o testate; b) la nomina e la revoca degli Amministratori della società, dei Direttori generali e dei Direttori delle testate giornalistiche». L'accordo, poi, prevedeva una serie di altri meccanismi volti ad assicurare che le decisioni dei consigli di amministrazione delle società coinvolte fossero *sempre* il risultato dell'accordo tra i soci paciscenti prevedendo, infine, che, per determinate operazioni rispetto alle quali non vi fosse l'accordo della Famiglia Formenton, la questione andasse rimessa ad un collegio di tre esperti, tenuti a decidere «alla luce dell'interesse della Mondadori e della sua necessità di sviluppo, anche internazionale». Ciò che rileva è che gli stessi amministratori avessero sottoscritto l'accordo e i suoi allegati, sebbene proprio in tali allegati gli amministratori si impegnassero a tenere conto *per quanto possibile* dell'unità di intenti raggiunta tra la C.I.R. e la Famiglia Formenton sui criteri di gestione ²⁸⁷. Per inciso, si noti che la Corte ritenne che non fosse sufficiente a giustificare i vincoli parasociali sulla gestione neppure il ricorso allo schema della promessa del fatto del terzo, ritenendo che non fosse valida una promessa avente un oggetto illecito.

Vale la pena sottolineare che, in alcuni dei numerosi commenti che

²⁸⁷ Queste parti del patto sono richiamate dalla stessa pronuncia App. Roma, 24 gennaio 1991, in *Giur. it., cit.*, 265.

Cfr. G. CARBONE, *Alcuni limiti presunti e non delle convenzioni di voto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 843 ss., il quale, a commento del lodo arbitrale e della pronuncia della Corte di Appello romana, osservava che il patto non importasse la modifica dei poteri o delle responsabilità degli amministratori che rimanevano liberi di agire nel migliore rispetto degli interessi sociali, dovendo intendersi in questo senso la locuzione «per quanto possibile» (e cioè nei limiti di compatibilità con l'interesse sociale). Peraltro, lo stesso A. osservava a proposito della contrarietà con l'interesse sociale che, a rigor di logica, le clausole di un sindacato sono in sé neutre rispetto all'interesse sociale avendo una portata prettamente organizzativa per cui «la contrarietà all'interesse sociale non è questione di strutture, ma di contenuti» (p. 847). In ragione di ciò, e con specifico riguardo alle convenzioni di voto, l'A. osservava che non può parlarsi di invalidità della convenzione ma della deliberazione assunta con il voto determinante degli aderenti al patto e qualora ne sia conseguito un danno per la società. Soltanto nel caso in cui una convenzione sia stata stipulata al *solo* fine di fare approvare una deliberazione in contrasto con l'interesse sociale potrà affermarsi la nullità del patto.

seguirono la pronuncia, taluno notò che la Corte avrebbe forse potuto tenere conto della durata e dell'oggetto dei vincoli e della necessità di farvi ricorso, seppure per un periodo limitato di tempo, per conferire un indirizzo unitario alla gestione ²⁸⁸.

Come anticipato, anche in giurisprudenza si registrano opinioni meno severe sebbene difficilmente si riscontrino pronunce che *espressamente* propendano per la legittimità dei sindacati di gestione. Da questo punto di vista, è interessante la pronuncia del Tribunale di Milano del 2 luglio 2001 ²⁸⁹. Ancora una volta l'inadempimento di un patto di gestione da parte di uno degli aderenti (la Sisal) induceva l'altro (la Snai) ad adire il giudice per chiedere il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni, poi concesso. La parte convenuta in giudizio eccepiva l'invalidità dell'accordo per contrarietà con le norme imperative poste a tutela dell'interesse sociale, sul presupposto che tale patto comportasse un'ingerenza indebita dei soci nelle competenze degli organi di gestione della società. Con specifico riferimento ai sindacati di gestione, il giudice rifiutava la ricostruzione in termini di promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.) e chiariva, in motivazione, che «i soci non svolgono alcuna attività gestoria all'interno dell'organizzazione societaria e le loro decisioni non sono riferibili alla società e possono acquisire effettività operativa solo se e quando siano recepite e attuate autonomamente dagli organi istituzionali della società». A parte la posizione assunta dal giudice milanese in ordine alla configurabilità del patto come promessa del fatto del terzo, ciò che rende interessante tale passaggio è la considerazione che l'ingerenza attuata per il tramite di un patto parasociale espliciti i propri effetti su un piano distinto da quello sociale e che la discrezionalità amministrativa costituisca il filtro imprescindibile affinché le direttive degli organi del sindacato acquistino efficacia. Sebbene tale considerazione non valga in sé a dimostrare la legittimità dei patti di gestione,

²⁸⁸ Cfr. R. DABORMIDA, *Sindacati di voto e nullità*, cit., 642, il quale osservava che il patto parasociale come mezzo per raggiungere la governabilità è rischioso ma se contenuto entro limiti di tempo e di oggetto «le occasioni di abuso si comprimono drasticamente e tutto a favore dell'obiettivo primario». Lo stesso A. osservava che un'attribuzione illimitata di materie alla competenza dei parasoci potesse obiettivamente «ingenerare il sospetto che le parti abbiano voluto discostarsi convenzionalmente dal tipo di dialettica interna agli organi prevista in sede di disciplina della società, con ciò ponendosi in contrasto con evidenti principi di ordine pubblico».

²⁸⁹ In *Giur. it.*, 2002, 562 ss.

essa mette in luce uno dei possibili punti di snodo del dibattito sul tema, vale a dire la circostanza per cui, salvo il caso di patti già in astratto illeciti (quali, ad esempio, quelli che vincolano gli amministratori a tenere un comportamento palesemente contrario all'interesse sociale), è all'organo gestorio che resta in ultimo rimesso il controllo della conformità delle istruzioni ricevute con l'interesse sociale. Come si vedrà nel capitolo terzo, la valorizzazione del dovere di diligenza, insieme ad altri elementi (strutturali del patto o economici), consente di ipotizzare un approccio sistematico al fenomeno dei sindacati di gestione meno diffidente e più articolato.

Tra le pronunce che hanno affrontato il profilo degli effetti indiretti che un patto di gestione produce sul piano sociale, si richiami la più recente sentenza della Corte di Cassazione del 24 maggio 2012 ²⁹⁰. Pur non affrontando direttamente il tema della validità dei patti di gestione, la decisione se ne occupa incidentalmente, venendo in rilievo la revocabilità per giusta causa dell'amministratore che abbia sottoscritto un sindacato di gestione. Nel caso di specie, il profilo di invalidità denunciato e che aveva condotto alla revoca degli amministratori risiedeva nel venir meno del rapporto fiduciario tra amministratori e soci per il fatto che i primi avessero aderito a un patto parasociale accettando di votare in seno al consiglio secondo quanto stabilito a maggioranza dal comitato direttivo del sindacato. Nella ricostruzione della Corte, ampiamente dedicata alla definizione delle differenze tra patti sul voto e patti sulla gestione ²⁹¹, viene confermata la legittimità della revoca in quanto

²⁹⁰ Cass., 24 maggio 2012, n. 8221, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 223 ss. pubblicata unitamente a Tribunale di Milano, 17 febbraio 2012, entrambe con nota di C. ANGELICI, *Interventi giurisprudenziali sui rapporti tra assemblea e amministrazione nella s.p.a.* La pronuncia del Tribunale è interessante per la ricostruzione dei rapporti tra assemblea e organo gestorio e delle diverse regole che presiedono al funzionamento dei due organi: in assemblea si persegue l'equilibrio tra i diversi interessi degli azionisti; nell'organo amministrativo, si persegue l'equilibrio tra i diversi fattori produttivi.

La sentenza della Cassazione è stata pubblicata anche in *Foro it.*, 2013, I, 266 ss. con nota di A. DELL'ORFANO. Si veda anche il commento alla stessa pronuncia di C. MOSCA, *È giusta causa di revoca, cit.*, 1071 ss.

²⁹¹ Testualmente Cass. 24 maggio 2012, in *Foro it., cit.*, 270 s., «la differenza tra sindacato di voto in assemblea e sindacato di gestione, che induce a ravvisare in questo secondo caso una situazione immanente di conflitto per il solo fatto dell'adesione al patto parasociale, non appare invero collegabile ad una diversa forza vincolante del patto nell'un caso rispetto all'altro, bensì all'incidenza del sindacato di gestione sul comportamento di soggetti che, a differenza dei soci, sono investiti inderogabilmente di una funzione, hanno cioè l'intera ed esclusiva responsabilità

fondata sul principio di esclusività della funzione gestoria e sul venir meno del rapporto fiduciario con gli amministratori, anche in ragione del conflitto di interessi permanente derivante dalla partecipazione di questi a un patto di gestione. Peraltro, sebbene la stessa Corte precisi espressamente che ciò che rileva rispetto alla soluzione del caso «non è l'illiceità in sé del patto, bensì le sue implicazioni sul rapporto fiduciario tra amministratori aderenti al patto e società»²⁹², è di particolare interesse che essa prenda posizione su una delle questioni già richiamate e ritenga che la fattispecie dei sindacati di gestione non sia neppure riconducibile alla lettera c) dell'articolo 2341-bis c.c. sostenendo che «tale norma non appare contemplare, nella descrizione ivi contenuta, patti parasociali incidenti direttamente sulla gestione sociale, neppure nell'ipotesi contemplata nella lett. c), che, nel preciso riferimento all'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla società, richiama le varie situazioni di controllo previste dall'art. 2359, in nessuna delle quali si evidenzia un diretto controllo esterno sulla gestione, bensì sull'assemblea sociale»²⁹³.

Pare quindi che, nella ricostruzione della Corte, il significato dell'autonomia e dell'esclusività della funzione vada posto in relazione con il sistema dei *doveri* di chi assume tale compito, con il risultato che tale correlazione non implica necessariamente l'invalidità del patto o degli atti

della gestione dell'impresa sociale, nell'interesse della società ed anche dei terzi che con essa vengano in vario modo in contatto. Il principio generale dell'attribuzione in via esclusiva agli amministratori della attività di gestione risulta invero affermato espressamente nella normativa regolante le società per azioni nel codice civile». Nel caso di specie tale disposizione era inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie ma la Corte precisa che «tale principio, come è noto, era, già prima del suo recepimento da parte del legislatore della riforma (che del resto in più punti pare aver seguito tale metodo), affermato da dottrina e giurisprudenza sulla base di un'interpretazione sistematica di alcune norme del codice civile (artt. 2364, 2392, 2394, 2395) che delimitavano le competenze dell'organo deliberativo rispetto alla competenza generale dell'organo investito della gestione della società e attribuivano a quest'ultimo la responsabilità piena di tale attività nei confronti non solo della società ma anche dei terzi, a chiusura e garanzia di un sistema incentrato sulla responsabilità limitata dei soci».

²⁹² Cfr. Cass. 24 maggio 2012, in *Foro it., cit.*, 271.

²⁹³ Cfr. Cass. 24 maggio 2012, in *Foro it., cit.*, 271. Si noti che nel caso di specie la parte attorea impugnava la revoca invocando, anche, la violazione dell'art. 2341-bis c.c. ma che, in ogni caso, tale disposizione non potesse trovare applicazione al caso, perché verificatori precedentemente al 2003.

Sul punto della configurabilità del controllo contrattuale *ex art.* 2359 c.c. in presenza di un sindacato di gestione, si veda M. LIBERTINI, *Le società si autoproduzione, cit.*, 500 ss. che, addirittura, ritiene che ne rappresenti l'ipotesi principale.

negoziali con cui è attuato ma può giustificare il ricorso a rimedi come quello della revoca per giusta causa ²⁹⁴.

Sempre in relazione alle conseguenze dell'attuazione di un patto di gestione ma, questa volta, con riferimento, al ruolo dei soci sindacati è interessante una sentenza della Suprema Corte, un po' più risalente di quella appena richiamata ²⁹⁵. A parte i profili attinenti al dibattito sull'amministratore di fatto e già approfonditi, è interessante che la Corte non si pronunci sulla validità di un accordo sulla gestione ma in ragione della sua incisività - l'organo amministrativo era totalmente depotenziato e *sostituito* da uno dei paciscenti - ritiene di estendere a quest'ultimo la responsabilità per la gestione allo stesso titolo previsto per gli amministratori. La responsabilità degli amministratori di diritto, del resto, rimane ferma anche nell'ipotesi in cui questi non si siano occupati per nulla della gestione e proprio in ragione della *funzione* ricoperta ²⁹⁶.

Altro tema è quello della invocabilità della tutela cautelare degli obblighi assunti dai paciscenti, talvolta affrontato rispetto ai patti parasociali ma, più raramente, rispetto a quelli di gestione. A quest'ultimo riguardo, l'unico caso, a quanto risulta, è quello giunto all'esame del Tribunale di Modena nel 2010 ²⁹⁷, in cui uno dei due soci di una s.p.a. chiedeva un provvedimento cautelare che ordinasse all'altro socio di adempiere gli obblighi assunti con l'accordo parasociale concluso qualche anno prima e di impartire agli amministratori le istruzioni necessarie affinché questi procedessero alla nomina del direttore finanziario. Il Tribunale rigettava la richiesta sia sul presupposto dell'inammissibilità della tutela cautelare di prestazioni di *facere* infungibili sia perché, ove il provvedimento fosse stato concesso, avrebbe condannato un soggetto ad una condotta illegittima perché in contrasto con l'art. 2380-*bis* c.c.

²⁹⁴ In questo senso, C. ANGELICI, *Interventi giurisprudenziali sui rapporti*, cit., 232.

²⁹⁵ Cfr. Cass., 12 gennaio 1984, n. 234, cit., 182 ss. con nota di F. BONELLI, *La prima sentenza*, cit..

²⁹⁶ Condivide in pieno la decisione ma non la motivazione (ma per i profili riguardanti la definizione dei presupposti formali o funzionali dell'amministrazione di fatto già visti), F. BONELLI, *La prima sentenza*, cit., 188, il quale chiarisce rispetto all'amministratore di diritto che la responsabilità sussiste anche nel caso in cui questi abbia lasciato la gestione completamente nelle mani dell'amministratore di fatto «poiché si ritiene pacificamente che l'ufficio di amministratore non possa mai trasformarsi in una comoda sicumera».

²⁹⁷ Cfr. Trib. Modena, 2 dicembre 2010 (ord.) e 3 dicembre 2010 (ord.), cit., 831 ss. con il commento di R. TORINO.

Inoltre, senza prendere posizione espressa in ordine alla liceità o meno delle pattuizioni sulla gestione, il Tribunale riteneva di poterle inquadrare al più come promesse del fatto del terzo e che, anche in questo caso, la promessa non fosse comunque suscettibile di esecuzione forzata perché avente oggetto illecito.

CAPITOLO TERZO

SPAZI APPLICATIVI E LIMITI DI AMMISSIBILITÀ DEI SINDACATI DI GESTIONE: UNA PROPOSTA SISTEMATICA

SOMMARIO: *1. Fenomeni di esternalizzazione della gestione. Spunti ricostruttivi. - 2. I sindacati di gestione come “fenomeno” e la molteplicità delle esperienze attuative. - 3. La valutazione dei patti di gestione. - 3.1. La liceità dei patti e la meritevolezza degli interessi perseguiti. - 3.2. Il criterio della distinzione tra Oberleitung e Geschäftsführung. - 3.3. L’ampiezza del vincolo e la determinatezza del suo oggetto. - 3.4. Vincoli sulla gestione e dovere di diligenza. - 4. L’esecuzione di un sindacato di gestione. Ruolo dei soci sindacati e riflessioni de jure condendo sulla trasparenza dei processi decisionali. - 4.1. Configurabilità di una responsabilità da “gestione”. - 4.2. Invalidità originaria, invalidità sopravvenuta e inefficacia del patto.*

1. Fenomeni di esternalizzazione della gestione. Spunti ricostruttivi.

Dopo avere ricostruito gli elementi costitutivi del fenomeno dei sindacati di gestione e avere approfondito le principali questioni giuridiche che questo pone, con uno sguardo costante alle esperienze straniere, pare che si siano raccolti spunti sufficienti per tentare di sciogliere alcuni dei nodi interpretativi che sono emersi nel corso delle parti precedenti del lavoro.

La finalità dello studio è stata enunciata sia nella parte introduttiva sia a più riprese richiamata nelle parti successive. Ci si chiede se sia possibile proporre un’interpretazione ricostruttiva del *fenomeno* dei sindacati di gestione, alternativa all’approccio che sembra essersi consolidato nella giurisprudenza e nella dottrina maggioritarie e che riterrebbe questi accordi *sempre* invalidi perché illeciti, contrari alle norme imperative che regolano la distribuzione delle

competenze tra gli organi sociali e, nella società per azioni, assegnano la funzione gestoria alla titolarità e responsabilità esclusive dell'organo amministrativo.

L'opinione che si espone è che i sindacati di gestione rappresentino, come si è in più occasioni evidenziato, un *fenomeno* complesso al quale poco si adatta una soluzione interpretativa "semplice", nel senso di unica e valida per *tutte* le sue manifestazioni.

I profili attinenti alla collocazione sistematica del fenomeno dei sindacati di gestione e della riconducibilità dello stesso nell'ambito della disciplina legale dei patti parasociali di cui agli articoli 2341-*bis* ss. c.c. sono stati affrontati e risolti positivamente nella prima parte del lavoro. Tale interpretazione pare adeguata sia da un punto di vista letterale, perché i sindacati in discorso sono compatibili con la finalità e con l'oggetto dei patti presi in considerazione dal legislatore (in particolare *sub* art. 2341-*bis*, lett. c), c.c.); sia in considerazione delle implicazioni che tali accordi possono avere sulla *governance* societaria, per cui è senz'altro da preferire un'interpretazione che li consegni ad una disciplina legale che, per quanto possa eventualmente considerarsi lacunosa, ne regola aspetti centrali quali la durata e la pubblicità (almeno per le s.p.a. aperte).

Il discorso che segue si articola su tre livelli argomentativi, ciascuno dei quali sarà partitamente approfondito, corrispondenti alle tre macroquestioni che emergono dalle considerazioni svolte nei precedenti capitoli: **i)** la prassi dimostra che l'esperienza attuativa dei sindacati di gestione è variabile e che, pertanto, anche il grado di incidenza degli stessi sulla funzione gestoria varia (in ragione dell'oggetto e della durata del patto, del grado di discrezionalità residua in capo agli amministratori, della fase della vita della società in cui l'accordo è stipulato *etc.*); **ii)** a partire da questo dato, pare che sia possibile tentare una disaggregazione tra patti "forti" (potrebbe trattarsi di quelli cui aderiscono direttamente gli amministratori o quelli che attuano una sostituzione di fatto della compagine parasociale all'organo amministrativo) e patti "deboli" (da organizzare lungo una scala che va da quelli che prevedono una mera consultazione a quelli che realizzano un coinvolgimento più intenso dei parasoci nella gestione ma che lasciano impregiudicata la discrezionalità degli

amministratori): mentre la valutazione dei primi potrebbe ragionevolmente arrestarsi al controllo della loro liceità *ex ante*, per i secondi parrebbe più ragionevole tenere conto anche del momento attuativo, al fine di verificare in concreto e caso per caso se sussistono elementi per invalidare il patto e/o la deliberazione che ne è scaturita oppure per dichiararlo semplicemente inefficace (sul modello di quanto avviene, ad esempio, nell'ordinamento brasiliano); **iii)** infine, per il caso che patti, anche i meno meritevoli di una valutazione di legittimità *ex ante*, vengano comunque stipulati e trovino attuazione, si pone la questione del ruolo dei soci sindacati al fine di verificare se esiste nel nostro ordinamento una regola di portata generale che consenta di far gravare in capo a costoro una responsabilità "da gestione". In questo senso, il problema dei sindacati di gestione non si porrebbe più soltanto sul piano di una loro validità in astratto ma, più propriamente, sul piano dell'efficacia e della responsabilità ¹.

Prima di procedere, giova ribadire che, sebbene la rilevanza del fenomeno dei sindacati di gestione sia stata approfondita soprattutto con riferimento alle società per azioni chiuse, esso non è estraneo né alle società quotate né alle società a responsabilità limitata.

In particolare, quanto alla rilevanza dei sindacati di gestione nell'ambito delle s.r.l., si è visto che l'indubbia maggiore flessibilità organizzativa propria di questo tipo sociale non esclude che persistano ragioni di opportunità per fare ricorso alla contrattazione parasociale. Inoltre, il ricorso ai sindacati di gestione pone questioni simili a quelle che si sono viste per la società per azioni, atteso che l'assenza di una norma espressa come quella *ex* articolo 2380-*bis* c.c. non implica che nelle s.r.l. il sistema di ripartizione delle competenze sociali sia completamente rimesso all'autonomia privata. È possibile, invece, constatare che residuano delle materie che la legge rimette alla competenza esclusiva dell'organo amministrativo o dei soci (artt. 2475, co. 5 e 2479, co. 2, c.c.). In considerazione di ciò, molte delle questioni che si sono affrontate nel corso del presente lavoro e la maggior parte delle conclusioni che se ne trarranno conservano un'indiscutibile utilità anche nell'esperienza della s.r.l., rispetto alla

¹ Suggestisce questa prospettiva A. TUCCI, *Il ruolo dei soci*, cit., 456.

quale comunque la validità di un patto parasociale stipulato con un amministratore o avente ad oggetto un'influenza sulla gestione potrebbe incontrare minori ostacoli per il fatto che l'articolo 2468, co. 3, c.c. già consente di attribuire ai soci «particolari diritti sull'amministrazione»².

Inoltre, si noti che proprio la disciplina di tale tipo sociale sembrerebbe offrire una regola di responsabilità da ingerenza nella gestione (art. 2476, co. 7, c.c.) suscettibile di applicazione nel caso in cui i soci sindacati, con la loro influenza, abbiano determinato il compimento di atti di *mala gestio* da parte degli amministratori.

2. I sindacati di gestione come “fenomeno” e la molteplicità delle esperienze attuative.

L'ingerenza nella gestione è una fenomenologia variegata alla quale è possibile ricondurre tutte quelle fattispecie in cui un terzo - anche socio, purché estraneo all'organo sociale - interferisca con la gestione, al fine di esercitare un potere di controllo (inteso come la capacità di incidere sulle scelte gestorie e non come il potere di verifica e/o di supervisione sull'attività amministrativa). Si è visto che, in presenza di determinate circostanze e al ricorrere di esigenze meritevoli di tutela e di un regime privilegiato, il legislatore ha riconosciuto e regolato alcune di queste fattispecie (è il caso dell'attività di direzione e coordinamento oppure della disciplina del coinvolgimento dei soci nella gestione della s.r.l.); in altri casi, il fenomeno si è consolidato in via di prassi (così per la gestione delle società c.d. *in house*, per i *management agreements* o per i *covenants* finanziari). I sindacati di gestione rappresentano un sottoinsieme e costituiscono essi stessi un *fenomeno* all'interno di quello più grande dell'ingerenza nella gestione. Come testimoniano sia gli studi sul tema sia le raccolte di patti parasociali richiamati, tali accordi sono diffusi nella prassi e costituiscono uno strumento importante, potenzialmente in grado di incidere, eventualmente alterandola, sulla *governance* delle società azionarie. Sebbene non siano assenti nelle società quotate, è soprattutto nelle società chiuse che vi si fa ricorso più di frequente per ragioni diverse, legate ora all'esigenza di conferire stabilità alla gestione di imprese a base proprietaria ristretta e a

² Cfr. P. MARANO, *sub art. 2463. Costituzione. I patti parasociali*, cit., 131.

carattere familiare, ora per attirare degli investitori garantendo loro il potere di monitorare la gestione della società finanziata.

Emerge, quindi, un primo dato: finalità di incidenza sulla gestione, stabilità e impegnatività per gli aderenti sono gli elementi costanti di tali accordi i quali variano enormemente, invece, sia nell'oggetto sia nella componente soggettiva. È possibile, pertanto, collocare questi contratti lungo una scala a vincolatività crescente, che va dai patti di mera consultazione passando per quelli che prevedono forme di coinvolgimento intermedio dei paciscenti nella gestione, fino alle forme più intense in cui i soci sindacati vincolano l'organo amministrativo e finiscono, talvolta, per sostituirsi, di fatto, ad esso.

A ciò si aggiunga la variabilità della componente soggettiva: il sindacato di gestione è un patto parasociale che nella sua forma più "pura" intercorre tra soci e in virtù del quale questi soltanto si impegnano ad adempiere gli obblighi derivanti dal patto. Tuttavia, se ne conoscono altre versioni per cui può aderire al patto un terzo, che resti tale o diventi in seguito socio di minoranza, divenendo comunque da subito capace di imporre il proprio volere all'interno del sindacato (magari in virtù di un potere di veto sulle decisioni della direzione). Oppure, ancora, può accadere che al patto aderisca un amministratore che sia anche socio oppure che non lo sia ma prometta, con la propria adesione, di tener fede agli impegni pattuiti e, quindi, o di consultare gli altri paciscenti prima di alcune riunioni del consiglio di amministrazione (restando poi libero di determinarsi in ordine all'esercizio del voto) oppure di votare sempre in maniera conforme alle istruzioni ricevute. Infine, in quest'ultimo caso, pure deve tenersi conto del fatto che potrebbe trattarsi di una società con organo collegiale in cui il membro-paciscente sia solo uno degli amministratori oppure di società con organo unipersonale oppure ancora che aderisca all'accordo la maggioranza o la totalità dei componenti del collegio. Infine, l'accordo potrebbe prevedere che l'ingerenza (generalmente intesa e, quindi, anche come mera consultazione) riguardi tutte le deliberazioni dell'organo amministrativo, senza distinguere tra amministrazione straordinaria e corrente o tra materie delegabili e non oppure riguardare, specificamente, qualcuna di queste materie.

In sintesi, il primo tassello dell'opinione che si va illustrando consiste in ciò: i sindacati di gestione sono diffusi nella prassi e funzionali alla realizzazione

di finalità diverse, non necessariamente illecite e, anzi, talvolta, tese al migliore perseguimento dell'interesse della società (si pensi agli accordi conclusi per conferire stabilità alla gestione oppure a quelli conclusi in occasione di crisi economiche e con finalità di ristrutturazione e di risanamento); inoltre, si tratta di una fattispecie complessa che può manifestarsi con contenuti sempre diversi e creare assetti di interessi altrettanto variabili.

Si noti che il richiamo alla prassi non vuole qui fungere da base per giustificare l'ammissibilità di *qualsiasi* strumento che, sebbene contrario al diritto e alle sue norme imperative, sia favorevole alle relazioni economiche e, per ciò stesso, "necessario". Al contrario, si vuole valorizzare l'esperienza della pratica perché questa sia uno strumento di cui il diritto possa e debba servirsi e perché l'osservazione della realtà delle cose resta il metodo centrale del diritto commerciale³.

3. La valutazione dei patti di gestione.

Da quanto detto sinora deriva che la valutazione dei sindacati di gestione costituisce la parte centrale dell'opinione che si va esponendo e che tale valutazione deve essere in grado di ricomprendere le molteplicità proprie

³ L'insegnamento e il metodo di ricerca di C. VIVANTE restano di riferimento e il punto di massima aspirazione per qualsiasi lavoro. L'autorevole Maestro così scriveva nella *Prefazione* alla 5ª Edizione del *Trattato di diritto commerciale*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1922 : «[...] Agli studenti e agli studiosi - le due parole non sempre sono sinonime - che spesso mi chiedono consigli e temi per le loro dissertazioni, io non posso dare per guida che il metodo da me seguito. Non si avventurino mai in alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell'istituto che è l'oggetto dei loro studi. Raccolgano nelle borse, nella banche, nelle agenzie, nelle società commerciali, nelle cancellerie giudiziarie il materiale necessario per intendere quella struttura e quelle funzioni. È una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua realtà. Se il diritto ha per iscopo di regolare gli effetti di un istituto, è evidente che lo studio pratico della sua natura deve precedere quello del diritto. Compiute queste indagini *in rei veritate*, si segua per quanto è possibile la linea storica dell'istituto sceverandolo dagli istituti affini, e si metta a profitto quella conoscenza pratica e storica per sottoporre ad una critica le fonti giuridiche, come le leggi, la giurisprudenza, le consuetudini. Non si cominci a scrivere se non quando si è ricomposto tutto l'argomento nella propria mente, secondo le necessità logiche del suo rinnovato contenuto, e nello scrivere si pigli come punto di partenza l'ultima parola cui sono giunti gli studiosi precedenti, in Italia e all'estero, perché la letteratura giuridica in materia commerciale progredisce sincronicamente in tutti i paesi appartenenti al ciclo della nostra cultura. S'incominci dove i precedenti scrittori hanno finito, perché le ripetizioni costituiscono il più penoso ingombro che l'incontri sulla via degli studi giuridici, e non si deve accrescerne la mole già enorme».

dell'esperienza attuativa dei patti di gestione traendone criteri di giudizio utili. Sul punto, pare che possano farsi almeno due osservazioni.

In primo luogo, si è detto che pur nella variabilità dei contenuti e delle finalità, i sindacati di gestione si prestano ad essere ordinati lungo una scala a intensità e vincolatività crescente e che, pertanto, il contenuto dell'impegno assunto dagli aderenti, il grado di discrezionalità residuo in capo agli amministratori, il fatto che questi aderiscano al patto o no, la fase della vita economica dell'impresa in cui il patto è stipulato nonché la sua durata sono tutti elementi che possono fungere da criteri valutativi.

Peraltro, anche in seno alla dottrina e alla giurisprudenza maggioritarie, che affermano l'inammissibilità dei sindacati di gestione, tale giudizio appare inequivocabilmente negativo soltanto nei confronti dei vincoli assunti dal componente dell'organo amministrativo in prima persona e che, quindi, potrebbero annullarne la libertà di giudizio e imporgli di uniformare *sempre* il suo operato agli impegni assunti al momento dell'adesione all'accordo.

Si noti inoltre che, anche con riferimento a queste ipotesi "estreme", autorevole dottrina⁴ ha evidenziato come tali vincoli, per quanto incisivi, restino su un piano distinto da quello sociale e, potrebbe aggiungersi, hanno, per l'amministratore vincolato, il valore di un impegno morale: almeno sul piano sociale, questi non ha da temere delle sanzioni (la responsabilità nei confronti della società o dei terzi *in primis*) nel caso di un suo inadempimento e resta sovrano della propria discrezionalità da esercitarsi entro i limiti dei doveri imposti dalla funzione che svolge.

In particolare, si è già osservato che l'argomento secondo il quale i sindacati di gestione sarebbero invalidi *sempre* perché incompatibili con le norme di ordine pubblico che pongono in capo agli amministratori la responsabilità esclusiva per la gestione, non sembrerebbe più forte di quello che un tempo induceva a ritenere invalidi i sindacati di voto, sul presupposto che questi impedissero la libera formazione della volontà dell'azionista in assemblea

⁴ Cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit. , 478 ss., il quale adotta un approccio permissivo rispetto ai sindacati di gestione, fondato sull'idea che l'orientamento dall'esterno dell'attività dell'organo amministrativo sia in linea di massima legittimo e che la competenza a decidere sull'adozione degli atti gestori resti comunque in capo a tale organo.

5.

La disciplina dei gruppi o quella degli accordi di collaborazione per la creazione di imprese comuni dimostrano che è in linea di massima legittimo che l'attività degli amministratori venga orientata dall'esterno, fermo restando che la competenza in ordine alla gestione e la decisione in ordine agli atti da adottare resta in ultimo all'organo amministrativo della società cui l'atto è imputato.

Anche a non volere condividere queste argomentazioni, che pure sembrano ragionevoli, emerge però che, in ogni caso, la fattispecie giudicata inammissibile dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie non esaurisce il fenomeno "sindacati di gestione" e che di questi può quindi immaginarsi una disaggregazione in patti "deboli" e patti "forti" ⁶.

Tra i primi potrebbero annoverarsi i patti che vanno dalla mera consultazione dei paciscenti in ordine a certe materie gestorie fino a forme di intensità intermedia come quelle che prevedono che le istruzioni dei soci siano seguite "per quanto possibile" e cioè nei limiti della compatibilità con l'interesse sociale e con il rispetto del dovere di diligenza posto in capo agli amministratori.

Tra i secondi, invece, potrebbero farsi rientrare - a meno di non volere aderire alla tesi più permissiva sopra richiamata - i patti cui aderiscono gli amministratori per il solo fatto che, con tale condotta, essi si pongano in una posizione di potenziale conflitto di interessi che li priverebbe della discrezionalità nell'esercizio della funzione oppure i patti che attuano una sostituzione di fatto della direzione del sindacato agli amministratori per cui questi vengono ridotti a meri esecutori di una volontà formata altrove. Ancora, verrebbero a collocarsi tra i patti "forti" quelli in virtù dei quali l'organo del

⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 481 s.

⁶ Cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 478 ss. È interessante notare che lo stesso A. chiaramente distingue tra finalità lecite e finalità illecite (eversive o elusive della legge). Mentre al ricorrere delle seconde la sanzione più adeguata è la nullità, rispetto alle prime sembra rinviare ad una valutazione del caso concreto simile a quella prospettata dal presente lavoro osservando che la funzione di orientamento dell'attività dell'organo amministrativo «può dunque legittimamente esprimersi, purché si limiti ad orientare la scelta fra diverse soluzioni, tutte compatibili con i principi di corretta gestione. In caso si tratti di atti di indirizzo incompatibili con qualsiasi plausibile ricostruzione dell'interesse sociale, sarà potere-dovere dell'amministratore disattendere l'atto di indirizzo stesso» (p. 482).

L'opinione è stata ripresa in ID., *Limiti di validità dei patti parasociali*, cit., 27 ss.

sindacato non solo si sostituisce a quello sociale ma conferisce ad uno dei paciscenti - e con la tolleranza dell'organo gestorio - il potere di compiere direttamente atti amministrativi, sconfinandosi, così, nel caso in cui si producano dei danni a carico della società, nella figura dell'amministrazione di fatto. Infine, potrebbero collocarsi tra i patti "forti" quelli conclusi tra gli amministratori e uno o più terzi e con i quali i primi si assoggettano *uti singuli* alle direttive dei secondi, con un'evidente lesione del rapporto fiduciario che li lega alla società ⁷.

Peraltro, che tale ricostruzione sia plausibile pare che trovi conferma anche nel panorama comparatistico di cui si è tentato di dipingere un quadro generale con riferimento al tema della costituzione di vincoli parasociali a carico dell'organo amministrativo. Così, è emerso che, fatto salvo il caso del Brasile, esiste un generale disfavore verso questi vincoli.

Tuttavia, se si osserva più da vicino il dibattito, emerge che raramente sono censurate con altrettanta nettezza di espressione le forme di interferenza più "deboli", come appunto quelle che hanno natura consultiva e che, in ultima istanza, lasciano impregiudicata la discrezionalità degli amministratori ⁸.

Quanto al Brasile, dove i sindacati di gestione sembrerebbero trovare un riconoscimento legale nell'articolo 118 della *lei de sociedades anônimas*, si è visto che il dibattito è ancora molto animato e che anche quella dottrina che, con il conforto degli operatori economici e dei pratici del diritto, intravede in questa disciplina un "errore" che mette a repentaglio i meccanismi di *corporate*

⁷ Ma anche in ordine a questi patti, M. LIBERTINI, *Limiti di validità dei patti parasociali*, cit., 29, ha osservato che non dovrebbe necessariamente giungersi ad un giudizio di illiceità. A meno che il contenuto di tali accordi non sia «intrinsecamente illecito», essi restano validi tra le parti ma giustificano la revoca degli amministratori aderenti i quali con la loro condotta, e specie ove abbiano tenuto segreta l'esistenza del patto, abbiano violano i doveri fiduciari e gli obblighi di comunicazione nei confronti degli azionisti.

⁸ È il caso del sistema francese dove la giurisprudenza ha ritenuto invalido l'accordo che limiti i poteri dei *dirigeants sociaux* (si veda, ad esempio, *Cass. com.*, 11 juin 1965, n° 63-10.240, cit., 782 ss., in cui la Corte di Cassazione francese ha annullato l'accordo concluso con il creditore e in virtù del quale tutte le principali decisioni avrebbero dovuto ottenere la controfirma di questo sul presupposto che questo avesse l'effetto di svuotare l'organo della funzione sua propria) mentre si ammettono gli accordi che hanno l'effetto di migliorare il funzionamento dell'organo. Tra questi, si annoverano gli accordi che prevedono che le decisioni dell'organo amministrativo siano precedute da riunioni di *comités de coordination*, ai quali partecipano gli azionisti maggioritari e che si limitano ad emettere semplici proposte (cfr. J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés commercial*, Wolters Kluwer France, 2011, 4230).

governance, tuttavia, finisce per fare delle distinzioni e per ammettere che entro certi limiti (intensità del vincolo, delimitazione dell'oggetto) questi patti possano ritenersi leciti.

Sarebbe erroneo ritenere che queste forme di ingerenza “debole” esulino dal tema dei sindacati di gestione, per il semplice fatto che i patti di gestione costituiscono un *fenomeno* che include anche queste ipotesi; da qui l'opportunità, se non la necessità, della disaggregazione in discorso.

Evidentemente, ai fini della certezza dei traffici e dei rapporti giuridici, ciò che è plausibile in teoria necessita di criteri di differenziazione più concreti. A tal fine, e si viene così alla seconda osservazione, la legge già fornisce un primo strumento che può trarre proprio dalla materia dei sindacati di gestione nuova linfa. Si tratta della valutazione della meritevolezza di tutela «secondo l'ordinamento giuridico» che il secondo comma dell'articolo 1322 c.c. pone come limite alla libertà delle parti di dare vita a schemi contrattuali atipici. La meritevolezza degli interessi perseguiti e la conformità del contenuto del contratto rispetto ai limiti imposti dalla legge (art. 1322, co. 1, c.c.) costituiscono, entrambe, lo strumento di valutazione del fenomeno in parola ⁹.

La meritevolezza degli interessi perseguiti va valutata, dunque, «secondo l'ordinamento giuridico». Ciò implica che, verificato l'assetto di interessi che il patto intende creare, questo vada misurato con il sistema degli interessi rilevanti secondo l'ordinamento. Questo giudizio, che è stato efficacemente descritto come a «struttura bifasica» ¹⁰, consente pertanto di verificare se, all'esito di tale comparazione, la compressione degli interessi rilevanti per

⁹ Se il controllo di meritevolezza debba coincidere con quello di liceità o se esso abbia una sua autonomia è questione molto dibattuta sulla quale non può ancora dirsi raggiunta unanimità di opinioni. Si veda R. SACCO, voce *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Agg. *****, Utet, Torino, 2010, 781 ss.

Nel senso che il controllo di meritevolezza non riguardi solo la causa in concreto ma debba estendersi a tutti gli interessi realizzati attraverso le singole clausole del contratto P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 424.

Sulla nuova attenzione che il controllo di meritevolezza meriterebbe nella selezione dei limiti dell'autonomia statutaria, si veda ID., *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 159 ss., dove la meritevolezza è definita come «una “clausola generale” idonea al governo di quei conflitti che sogliono definirsi “modali”, coinvolgendo ordini di interessi che, proprio per essere parimenti tutelabili in astratto nell'ordinamento, reclamano un “bilanciamento”» (p. 4).

¹⁰ Cfr. P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 427.

l'ordinamento possa considerarsi giustificata per il perseguimento in concreto di altri interessi conformi ai primi ¹¹.

È chiaro che i principi inderogabili del diritto societario e, in particolare, quelli che attengono ai tratti identificativi dei tipi sociali costituiscono un punto di riferimento nella valutazione della meritevolezza dei patti parasociali, nello specifico di gestione. Tuttavia, non deve perdersi di vista il fatto che la funzione di questi accordi è principalmente quella di creare delle regole parallele e derogatorie di quelle sociali e che valgano solo tra gli aderenti. Ciò detto, si ritiene di poter convenire con quella dottrina che, esprimendosi in termini generalmente favorevoli alla liceità dei sindacati di gestione, ha osservato che «non è nella struttura e nelle competenze degli organi sociali che può essere ricercato un criterio di valutazione della validità, in astratto, dei patti parasociali» ¹² atteso che, altrimenti, non potrebbe che concludersi per l'inammissibilità assoluta di questo tipo di accordi. Traendo spunto da queste considerazioni, pare che la proposta sistematica che si va illustrando acquisti maggiore valore.

Mentre per i sindacati “forti” (o “cattivi” che dir si voglia ¹³), tale valutazione potrebbe arrestarsi alla soglia della illiceità per manifesta contrarietà con le norme imperative che regolano la distribuzione delle competenze tra gli organi sociali; per gli altri patti (“deboli” o, in contrapposizione ai primi, “buoni”) appare opportuno integrare la valutazione *ex ante* della conformità alla legge del contenuto dell'accordo con quella della

¹¹ Ad una valutazione complessa rimanda anche la riflessione di M. LIBERTINI, *Limiti di validità dei patti parasociali*, cit., 21 ss. L'A. sottolinea che l'esame dell'oggetto del patto ha una valenza “negativa” nel senso che consente, in prima battuta, di individuare quei patti che hanno oggetto illecito (impegnano le parti a una prestazione *contra legem*) e che, quindi, sono nulli. Tutti gli altri, astrattamente leciti, andranno poi valutati in concreto, tenendo conto della funzione economica che intendono perseguire. Pertanto, sarebbero nulli per illiceità dell'oggetto quei patti con i quali, ad esempio, un amministratore si impegnasse a comportarsi «in modo contrastante con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» (p. 21).

¹² Cfr. A. TUCCI, *Il ruolo dei soci*, cit., 458.

¹³ Proprio P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 42, propone un modello di disaggregazione tra patti «buoni e cattivi» che è quella che si intende accogliere in questo lavoro e che l'A. prospetta come opportuna per il fenomeno dei patti parasociali generalmente intesi, facendo l'esempio del sindacato di voto che assuma tipicamente delibere conformi all'interesse sociale ma che in una singola circostanza si traduca in direttive in ordine alle modalità di esercizio del voto che determinino un conflitto di interessi. L'opinione è ripresa in ID., *I patti parasociali per una riflessione*, cit., 630.

meritevolezza degli interessi perseguiti da condursi, anche, *ex post* valorizzando il momento attuativo dell'accordo e ciascuno degli elementi che si sono diffusamente richiamati (durata del vincolo, posizione dell'amministratore, fase della vita dell'impresa *etc.*).

Tornando allora alla valutazione della meritevolezza «secondo l'ordinamento giuridico», il sindacato di gestione intende assicurare al gruppo di controllo uno strumento stabile per interloquire con gli amministratori. Ove questo avvenga nei limiti della conformità all'interesse sociale e del rispetto del dovere di diligenza, cioè fin quando la discrezionalità degli amministratori viene ad essere limitata (ma, ancora, secondo gradi di intensità crescenti) entro un ventaglio di scelte tutte parimenti lecite¹⁴, anche nel senso che, una volta compiute, non debbano esporli né al sindacato dei soci né alla responsabilità o alla revoca, il patto persegue un assetto di interessi che è in sé meritevole e che andrà valutato, *in concreto*, alla luce degli interessi rilevanti per l'ordinamento giuridico.

Al contrario, qualora in virtù del patto venissero impartite delle istruzioni contrarie al dovere di diligenza e, più in generale, all'interesse sociale, sarà *obbligato* degli amministratori disattenderle.

È chiaro che la valutazione di tali patti resta in ultimo affidata alle corti di merito atteso che, pur ove volesse ritenersi l'assoluta illiceità di tutti i patti aventi ad oggetto la gestione, ciò non impedisce che nella prassi essi siano conclusi. Peraltro, salvo che per le società quotate per le quali una trasparenza minima è garantita (ma il processo decisionale all'interno degli organi del sindacato resta pur sempre inaccessibile così come, di conseguenza, impossibile l'accertamento del fatto che certe scelte gestorie siano effettivamente frutto di un coordinamento dall'esterno), nel caso delle società chiuse il momento giudiziale costituisce una delle poche, se non l'unica, occasione di emersione di patti che, altrimenti, restano sconosciuti per l'assenza di un regime pubblicitario obbligatorio. E proprio nel momento in cui un patto parasociale, nella specie di gestione, giunge al vaglio del giudice che si prospetta l'opportunità di verificarne la liceità ma anche la meritevolezza.

¹⁴ In questo senso M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 482.

3.1. La liceità dei patti e la meritevolezza degli interessi perseguiti.

Dalle considerazioni finora svolta è emerso che pare opportuno un approccio al tema dei patti di gestione che consenta di superare l'alternativa rigida tra ammissibilità e inammissibilità degli stessi.

In questo senso, la dottrina tedesca ha manifestato delle aperture tanto nell'impostazione del problema quanto nella ricerca di parametri di valutazione adeguati. Sotto entrambi i profili, pare che se ne possano trarre soluzioni argomentative suscettibili di applicazione anche in Italia.

In primo luogo, la constatazione che ciò che rileva non è solo la validità del patto in sé ma degli effetti che questo produce. In altre parole, dovrebbe tenersi conto dell'identità dei paciscenti, del contenuto e della durata del patto, del contesto economico nel quale il patto viene stipulato e dell'assetto di interessi che lo stesso persegue.

Considerazioni queste in linea con l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato presso le corti nazionali ¹⁵ e che, sebbene elaborato con riferimento ai sindacati di voto, ha una portata generale, riferibile a qualsiasi patto parasociale: l'introduzione di una disciplina legale (art. 2341-bis c.c.) per tutte le società di capitali, non equivale a dire che qualsiasi patto sia ammesso.

L'accordo parasociale resta un contratto che, sebbene "tipizzato" ¹⁶ dal legislatore, continua a dovere essere valutato non solo in termini di liceità ma anche di meritevolezza di interessi ¹⁷. Ciò vale per qualsiasi patto, e quindi anche per i sindacati di gestione, che in questo modo non vengono indistintamente ammessi (cosa del resto da escludersi categoricamente, non potendosi ammettere *a priori* una fattispecie suscettibile di avere sì tante concretizzazioni) ma sottoposti ad una valutazione caso per caso.

¹⁵ Cfr. Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Corr. Giur.*, 1996, 1193 ss., pronuncia che segnò la svolta nel dibattito sull'ammissibilità dei sindacati di voto. In dottrina, cfr. R. COSTI, *I patti parasociali*, cit., 206; G. SBISA, *Il definitivo riconoscimento*, cit., 67 ss.

¹⁶ In carenza di un'opera di tipizzazione completa, per cui il legislatore ha preso in considerazione soltanto alcune fattispecie lasciandone fuori altre che pure appartengono al parasociale, osserva P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 422, che «non può seriamente porsi in discussione, dunque, che si tratti di materia negoziale che appartiene compiutamente all'*atipico*».

¹⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 477 ss.

Come si è detto, e in linea con quanto osservato recentemente da attenta dottrina ¹⁸, la valutazione della meritevolezza degli interessi «secondo l'ordinamento giuridico» diverrebbe il criterio guida nella valutazione dei patti parasociali ¹⁹.

In senso figurato, la valutazione non viene condotta soltanto a monte, in termini di astratta compatibilità con le norme imperative (liceità), ma anche a valle, in considerazione degli interessi che il patto persegue e degli effetti che produce. E con ciò non si vuole sminuire la portata delle norme imperative e della valutazione di liceità ma distinguere la valutazione *ex ante* dall'osservazione del momento attuativo della fattispecie ²⁰.

L'applicazione di tali considerazioni al caso dei patti di gestione dimostra come l'esclusivo ricorso alla valutazione di liceità rischierebbe di condurre a soluzioni massimaliste, di largo *favor* per l'autonomia privata o di eccessivo rigore, riducendo, ove prevalga il secondo atteggiamento, lo spazio di azione di patti parasociali solo potenzialmente in contrasto con norme imperative ²¹.

¹⁸ Il riferimento è all'opinione di P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 417 ss.; poi ripresa in ID., *I patti parasociali. Per una riflessione*, cit., 607 ss.

¹⁹ Si veda, però, R. COSTI, *I patti parasociali*, cit., 206, secondo il quale l'introduzione di una disciplina sui patti parasociali, pur non escludendo una valutazione della meritevolezza ex art. 1322 c.c., ne abbiano ridotto «quasi del tutto l'ambito del giudizio».

²⁰ Cfr. P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 418 ss., il quale osserva come il tema sia strettamente connesso a quello dei limiti dell'autonomia privata nel duplice senso che *i)* non ogni norma imperativa il cui superamento è precluso a livello statutario costituisce un limite alla contrattazione parasociale; *ii)* continuano a rappresentare un limite generale tutte le disposizioni che regolano il modello organizzativo. Illeciti sarebbero, inoltre, quei patti volti a realizzare una frode alla legge, perché stipulati al solo scopo di eludere una norma imperativa o sorretti da un motivo illecito comune (art. 1345 c.c.).

²¹ «La presenza di modalità partecipative extraistituzionali può avere effetti diversi sull'efficienza e sulla vitalità dell'istituzione: entro certi limiti può rafforzarla, perché semplifica i processi decisionali, consente di valorizzare apporti di idee [...] e stabilizzare i programmi e le strategie; oltre un certo limite [...] può portare alla paralisi e all'inefficienza dell'istituzione principale, che può ridursi a semplice stanza di registrazione di decisioni formatesi altrove [...]» (cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 478).

Per la difficoltà di distinguere la liceità dalla meritevolezza, cfr. P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 426, secondo il quale la seconda non si esaurirebbe nella valutazione della compatibilità con gli interessi garantiti dalle norme imperative ma guarderebbe alla sintesi di tutti gli interessi rilevanti. La valutazione di meritevolezza, pertanto, avrebbe una portata più ampia rispetto a quella di liceità.

Quanto alla definizione delle norme inderogabili del diritto societario, cfr. P. G. JAEGER, *Il problema*, cit., 256, il quale osservava che «l'esistenza di limiti di 'ordine pubblico' costituisce l'eccezione, non certo la regola, del diritto delle società per azioni, che è, prima di tutto, un campo di elezione dell'iniziativa e dell'autonomia privata».

Ed infatti, come si è già avuto modo di osservare, al di là dei casi di evidente lesione dell'interesse sociale o di palese sovversione del sistema di *governance* (come, forse, nel caso di partecipazione al patto dell'amministratore²²), dovrebbe procedersi a una valutazione caso per caso^{23 24}.

E questa parrebbe la via segnata da quella dottrina tedesca che ravvisa nella disciplina dell'obbligo di diligenza²⁵ e nella verifica concreta del perseguimento del bene della società (§ 93 *AktG*)²⁶ parametri per valutare

²² L'amministratore della società sarebbe sottoposto a responsabilità e obblighi nei confronti della società e la funzione di cui è titolare non tollererebbe alcuna compressione e assoggettamento a decisioni esterne. Cfr. P. TRIMARCHI, *Strumenti*, cit., 116.

²³ Del resto, osserva giustamente P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 421, predicare l'illiceità di un patto parasociale per contrarietà all'interesse sociale, al di fuori dei casi di evidente contrasto con l'ordinamento, rischierebbe di costituire un alibi per i paciscenti opportunisti che ritengono di potere invocare tale vizio per sottrarsi agli impegni assunti.

²⁴ Le considerazioni espresse nel testo presuppongono una definizione ampia di sindacati di gestione e di *influenza* sulla gestione, la quale ricorrerebbe non solo nei casi di totale estromissione dell'organo amministrativo ma anche quando l'organo amministrativo, pur se destinatario delle direttive del sindacato, mantiene la propria autonomia decisionale. Al contrario, ove per patto di gestione si volesse intendere solo quel patto che esautorerebbe completamente l'organo amministrativo, allora la sanzione della nullità sarebbe coerente con il sistema e, certamente, prudente; se, invece, come si ritiene, si ammette che la categoria dei sindacati di gestione possa essere più ampia, allora si può riflettere su ciò che, al suo interno, è ammissibile o no.

²⁵ Sulla valutazione caso per caso, cfr. P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 421, il quale osserva che è stessa materia dei patti parasociali a imporre un'analisi in concreto delle pattuizioni, «se non altro per il profilo del *collegamento negoziale* che - al di là di inquadramenti più o meno solidi sul piano teorico - si osserva tipicamente tra patti parasociali e fenomeno societario; collegamento che iscrive i primi nella logica della contrattazione di impresa, quali *momenti di una attività* dunque *dinamica*, e che come tale esige un controllo funzionale *forte e continuo* sugli assetti perseguiti *in concreto* anche nella fase *attuativa* delle convenzioni».

Per il sistema tedesco, cfr. H. FLEISCHER, *Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht*, in *Festschr. f. Schwark, S.GRUNDMANN-C.KIRCHNER-T.RAISER-H.P.SCHWINTOWSKI-M.WEBER-C.WINDBICHLER*, C. H. Beck, Monaco, 2009, 155; ID., § 76, cit., Rn. 69; M. WEBER, § 76, in *Hölter's Komm. z. AktG*², C. H. Beck, Monaco, 2014, Rn. 16 *quater*.

²⁶ Cfr. H. FLEISCHER, *Der Zusammenschluss*, cit., 538 ss. il quale a proposito della ammissibilità di impegni assunti dal *Vorstand* in vista di una futura offerta pubblica di acquisto e del divieto di vincolarsi in anticipo, si interroga sul se tale divieto discenda direttamente dal § 76 *AktG* o se, come ritiene preferibile, discenda piuttosto dal § 93, *Abs. 1, AktG* sui doveri fiduciari. Con la conseguenza che un impegno assunto dal *Vorstand* a beneficio di un futuro offerente potrebbe essere in sé compatibile con il § 76 ma violare l'obbligo di diligenza. Come puntualizzato diffusamente nel corso del lavoro, sebbene l'ipotesi di riferimento sia in questo caso un impegno assunto dal consiglio di gestione *direttamente* nei confronti di un futuro offerente, è interessante ancora una volta la ricostruzione del sistema generale e il richiamo al dovere di diligenza. Si veda pure, G. SPINDLER, § 76, cit., Rn. 27.

l'ammissibilità di vincoli (anche parasociali) sulla gestione.

Viene così in gioco la terza componente dell'opinione che si va illustrando. Ed invero, una riflessione sui sindacati di gestione dovrebbe tenere in debito conto la valenza obbligatoria di tali patti e le conseguenze della loro attuazione, potendo ricorrere il caso di un accordo astrattamente lecito ma concretamente volto al perseguimento di interessi non meritevoli (o recessivi rispetto ad altri). In casi come quello appena ipotizzato, una soluzione suggerita sarebbe quella dell'inibizione degli effetti del patto (ad esempio, mediante la dichiarazione dell'invalidità della deliberazione attuativa), piuttosto che travolgere l'intero contratto ²⁷. A ciò si aggiunga, come anticipato, l'opportunità di interrogarsi sul ruolo dei sottoscrittori dell'accordo e sulla configurabilità in capo ad essi di una responsabilità diretta per *mala gestio* o, in ogni caso, per induzione a una gestione scorretta.

Prima di passare alle conseguenze dell'esecuzione del patto, conviene soffermarsi ancora sulla sua valutazione cercando di individuare alcuni criteri guida utili a tal fine. Sul punto talune delle esperienze straniere già richiamate nei precedenti capitoli offrono interessanti spunti ricostruttivi.

3.2. Il criterio della distinzione tra *Oberleitung* e *Geschäftsführung*.

Un primo criterio per orientare il procedimento valutativo dei patti di gestione potrebbe ricavarsi dalla distinzione propria di tutti i sistemi societari a struttura corporativa tra competenze di gestione straordinaria e competenze di gestione corrente, oltre che dalla distinzione, che in parte coincide con la prima, tra competenze delegabili e non.

In questo senso, nell'ordinamento tedesco, il confine tra vincoli sulla

²⁷ In questo senso, P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 435, parla di *disapplicazione* del patto di gestione, indicando un criterio utile per la valutazione anche di altri patti parasociali. Ad esempio, l'A. richiama l'ipotesi del sindacato di voto che prevede modalità di espressione del voto generalmente conformi all'interesse sociale ma che, in un caso, conduce ad una deliberazione in conflitto di interessi; in casi come questo, dichiarare nullo l'intero sindacato potrebbe condurre a comportamenti ostruzionistici. Lo stesso A., peraltro, osserva che potrebbero esserci degli strumenti alternativi alla disapplicazione, come l'interpretazione del patto o la risoluzione per inadempimento per colpire comportamenti attuativi del patto ma che realizzano in concreto assetti non meritevoli. In ogni caso, elemento comune a tali riflessioni è l'insufficienza del rimedio dell'invalidità.

gestione ammissibili e vincoli non ammissibili deriva proprio dall'individuazione, nell'ambito della funzione gestoria (*Geschäftsführung*), dei compiti di alta direzione (*Leitung*)²⁸.

Tale distinzione che, del resto, si riflette nella sistematica dell'*Aktiengesetz* che regola in successione la direzione dell'impresa (§ 76) e la gestione della stessa (§ 77)²⁹, consentirebbe di individuare un nucleo di operazioni fondamentali per le quali andrebbe escluso qualsiasi tipo di ingerenza esterna³⁰. Quanto al resto delle operazioni di gestione ordinaria e rispetto alle quali, pur con le dovute limitazioni sopra viste, potrebbe ammettersi un vincolo parasociale, la dottrina rileva criticamente la difficoltà di enumerarle in astratto

²⁸ Cfr. H. FLEISCHER, § 76, *cit.*, Rn. 14, il quale sottolinea come secondo la dottrina dominante, la *Leitung* costituisca la parte più importante della *Geschäftsführung*. Si veda anche, M. WEBER, § 76, *cit.*, Rn. 16 bis.

²⁹ Cfr. H. FLEISCHER, § 76, *cit.*, Rn. 14.

³⁰ Nel senso che l'esclusività della *Leitung* garantirebbe anche l'autonomia della società, cfr. H. FLEISCHER, § 76, *cit.*, Rn. 9. La stessa dottrina tedesca fatica a fornire un elenco esaustivo di operazioni "fondamentali" che rientrerebbero nel concetto di *Leitung*, attingendo sia alle nozioni di economia aziendale che a quelle di diritto societario vero e proprio. Osserva ID., § 76, *cit.*, Rn. 15 s., che, secondo una prima classificazione di economia aziendale rientrerebbero nella *Leitung* le decisioni gestorie propriamente dette, da individuarsi sulla base di tre elementi: rilevanza immediata per l'esistenza e la durata dell'impresa; necessità di una decisione che promani dall'intero organo; materie non delegabili, sebbene, idealmente trasferibili, a meno di arrecare un pregiudizio all'interesse sociale. Sulla base di tale classificazione, sarebbero "fondamentali" le seguenti operazioni: le determinazioni di politica aziendale di lungo e medio periodo; il coordinamento dei diversi comparti aziendali; l'adozione di misure di eccezionale importanza operativa; la distribuzione degli incarichi amministrativi. Pertanto, tra le funzioni di alta gestione rientrano generalmente quelle di pianificazione, organizzazione e controllo. Questi dati, raccordati con le nozioni di diritto societario, portano la dottrina tedesca (cfr. ID., § 76, *cit.*, Rn. 17 ss.) a ritenere che le funzioni di alta gestione si ricavano: dall'assetto tipologico e dalla distribuzione delle competenze; dalle disposizioni legali; in contrapposizione con le competenze di carattere meramente preparatorio ed esecutivo. Così, ad esempio, è stato considerato di alta gestione e, perciò, inalienabile l'obbligo di presentare una proposta di deliberazione nella pubblicazione dell'ordine del giorno e per ogni argomento in esso contenuto (§ 124, *Abs 3, AktG*). Stessa qualificazione hanno ricevuto tutti i casi in cui la legge (*AktG*) assegna all'intero consiglio obblighi specifici (come la preparazione e l'esecuzione delle delibere dell'assemblea dei soci ai sensi del § 83; l'obbligo di riferire al consiglio di sorveglianza in ordine ai punti indicati dal § 90; l'organizzazione e la tenuta delle scritture contabili ai sensi del § 91; l'obbligo di convocare l'assemblea in caso di perdite ai sensi del § 92, *Abs 1*; il potere di convocare l'assemblea dei soci ai sensi del § 121; il potere di richiedere all'assemblea dei soci di deliberare su questioni attinenti alla gestione ai sensi del § 119, *Abs 2*; la redazione del bilancio e della relazione sulla gestione di cui al § 170; la legittimazione ad impugnare le deliberazioni assembleari invalide ai sensi del § 245). Le funzioni generalmente riconducibili ai compiti di preparazione ed esecuzione di atti gestori rientrerebbero nella *Geschäftsführung* (a titolo esemplificativo si veda il § 91 che prevede che il consiglio di gestione debba curare - «*hat dafür zu sorgen*» - che siano tenute le scritture contabili ma l'esecuzione tecnica di questo obbligo può essere delegata).

31.

Un utile criterio potrebbe rintracciarsi nella disciplina della delega del compimento di atti a singoli membri del consiglio di gestione. E infatti, sarebbero delegabili soltanto le funzioni di *Geschäftführung* e non quelle di *Oberleitung* ³².

Ancora, vi è chi ³³ ritiene che rientrerebbero certamente nella *Leitung* e non potrebbero essere vincolate le decisioni fondamentali relative alla struttura e all'organizzazione della società ³⁴.

Pertanto, dal § 76 *AktG* non deriverebbe la generale inammissibilità di qualsiasi vincolo sulla gestione bensì il divieto di sottomettere alla decisione di soci o terzi le c.d. *Leitungsentscheidungen* (decisioni attinenti alla direzione dell'impresa) ³⁵. Divieto che certa dottrina ritiene di potere intendere nel triplice senso che ³⁶ i) è fatto divieto di delegare tutti i compiti che sono rimessi all'intero consiglio di gestione e che implicano la responsabilità dello stesso per la politica imprenditoriale; ii) è fatto divieto al *Vorstand* di subordinare il proprio operato alle direttive dei terzi senza una base contrattuale adeguata ³⁷ o, in assenza di questa, di comprimere la propria discrezionalità a tal punto da far venir meno il legame tra la propria autonomia e la responsabilità per la gestione

³¹ Cfr. H. FLEISCHER, § 76, *cit.*, Rn. 14; J. KOCH, § 76, *cit.*, Rn. 8; H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, *cit.*, Rn. 45, nt. 97.

³² J. KOCH, § 76, *cit.*, Rn. 8. Sull'esempio tedesco, anche nel nostro ordinamento potrebbe forse trarsi un criterio distintivo (tra materie suscettibili di formare oggetto di un accordo parasociale e non) dalla disciplina dell'amministrazione delegata, considerando certamente escluse da qualsiasi influenza esterna le operazioni di alta amministrazione non delegabili (art. 2381, 4° co., c.c.). Tale criterio non potrebbe essere l'unico né fungere da parametro di valutazione in presenza di qualsiasi patto, dovendosi tenere conto degli altri parametri pure richiamati, tra cui, in primo luogo, gli effetti del patto e degli interessi perseguiti.

³³ J. KOCH, § 76, *cit.*, Rn. 8.

³⁴ Cfr. M. WEBER, § 76, *cit.*, Rn. 16, secondo il quale sarebbero certamente invalidi gli accordi riguardanti il mantenimento o la modifica della struttura organizzativa, la distribuzione delle cariche, la pianificazione della politica societaria futura.

³⁵ Cfr. C. H. SEIBT, § 76, *cit.*, Rn. 10, secondo il quale sarebbero inammissibili soltanto quei vincoli contrattuali atti a limitare in maniera insostenibile la libertà di azione del *Vorstand* nell'attività di *Leitung*. Nello stesso senso cfr. G. SPINDLER, § 76, *cit.*, Rn. 26, 27; H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, *cit.*, Rn. 53 ss.; H.-J. OTTO, *Obligatorische Bindungsverträge zwischen Aktionär und AG-Vorstand über die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten und Organkompetenzen*, in *NZG*, 2013, 930 ss.

³⁶ Cfr. H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, *cit.*, Rn. 45, 48.

³⁷ Il riferimento è al contratto di dominio, espressamente regolato dall'*AktG* tra i contratti di impresa (§§ 291 ss. *BGB*).

ex § 76 AktG; iii) pur entro i limiti finora visti, è in ogni caso fatto divieto al *Vorstand* di rimettere le decisioni sulla gestione ai terzi, senza riservarsi alcun controllo ³⁸.

A ben vedere, quantunque sia certamente condivisa l'idea che alla *Leitung* corrisponda il carattere "fondamentale" delle decisioni, anche queste considerazioni rischiano di essere troppo astratte e rimandano necessariamente a una valutazione da condurre nel caso concreto e con riferimento a singole operazioni o categorie di operazioni ³⁹.

Provando a traslare nel nostro ordinamento la ricostruzione appena richiamata, dovrebbe allora guardarsi al quarto comma dell'articolo 2381 c.c. che pone tra le materie non delegabili la deliberazione di emissione di obbligazioni convertibili (art. 2420-ter c.c.), la redazione del progetto di bilancio (art. 2423 c.c.), l'aumento del capitale (art. 2443 c.c.), la riduzione del capitale sociale per perdite (artt. 2446 e 2447 c.c.), la redazione del progetto di fusione (art. 2501-ter) e di scissione (art. 2501-bis). Spetterebbe, inoltre, al consiglio di amministrazione la valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile nonché il generale andamento della gestione sulla base della relazioni degli organi delegati (art. 2381, co. 3, c.c.) ⁴⁰.

Tuttavia, potrebbe osservarsi che, stando alla ricostruzione della dottrina

³⁸ Ne deriva che, ferma restando l'inammissibilità di vincoli sulle funzioni di *Leitung*, anche rispetto alla gestione ordinaria deve comunque escludersi una delega *irrevocabile* delle funzioni a soci e/o terzi. Cfr. H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, *cit.*, *Rn.* 45-53.

³⁹ Soprattutto se si considera che le operazioni gestorie "fondamentali" sono, di regola, quelle rispetto alle quali sussiste l'interesse a stipulare un patto sulla gestione.

Cfr. H. J. MERTENS, A. CAHN, § 76, *cit.*, *Rn.* 47-48, secondo i quali, ferma restando la necessità di valutare le circostanze del caso concreto, il limite di ammissibilità di un vincolo sulla funzione gestoria sarebbe certamente oltrepassato tutte le volte in cui la possibilità di successo dell'impresa e in generale il suo andamento non dipendesse più dal mercato e dalla valutazione del consiglio di gestione, ma esclusivamente dalla volontà del beneficiario del vincolo, socio o terzo. D'altra parte, l'autonomia del *Vorstand* nella determinazione della politica imprenditoriale garantirebbe al contempo l'autonomia della società.

⁴⁰ Interessante la prospettiva di F. VASSALLI, *sub Art. 2380-bis, cit.*, 20 s., il quale sottolinea che la gestione dell'impresa non esaurisce le competenze degli amministratori, «essa è infatti una attribuzione specifica ed esclusiva degli amministratori ed anche la principale, ma deve concettualmente distinguersi dalla nozione di amministrazione. In quest'ultima rientrano competenze che non attengono alla gestione in senso stretto dell'impresa sociale, bensì concernono aspetti organizzativi della struttura della società in quanto tale, nonché, con riferimento all'esercizio dell'impresa, non già e non solo lo svolgimento degli affari e in genere dell'attività economica, bensì anche le scelte di indirizzo e di programmazione delle politiche aziendali».

tedesca, tra le materie con riferimento alle quali dovrebbe escludersi (*ex ante*) la liceità dei sindacati di gestione vi sono quelle di alta amministrazione o in ogni caso di rilevanza tale per cui è ragionevole immaginare che proprio rispetto ad esse taluni soci desiderino coordinarsi a mezzo di un patto parasociale ed esercitare la propria influenza. L'applicazione di questo criterio, pertanto, potrebbe condurre a risultati non sempre desiderabili, almeno se si ritiene che la valutazione dei sindacati di gestione vada compiuta con cautela e che le ipotesi astrattamente illecite costituiscano una parte (la minoranza?) della totalità delle espressioni attuative del fenomeno ⁴¹.

Ciononostante la distinzione tra materie di alta gestione e di gestione corrente o, meglio, tra competenze delegabili e non potrebbe fungere da indice di "rischio". In altre parole, immaginando che un sindacato di gestione, avente ad oggetto l'ingerenza dei parasoci su alcune delle materie non delegabili su richiamate, giunga al vaglio di un giudice, questi potrebbe essere tenuto ad effettuare un esame *particolarmente* rigoroso della liceità del patto e della meritevolezza degli interessi perseguiti. Tale esame dovrebbe, in ogni caso, essere complessivo, tenere conto non solo della natura - delegabile o meno - delle materie oggetto dello stesso ma anche degli altri elementi diffusamente richiamati (fase della vita economica dell'impresa in cui il patto è stato stipulato, partecipazione diretta degli amministratori, grado di discrezionalità residua in capo a questi, durata).

3.3.L'ampiezza del vincolo e la determinatezza del suo oggetto.

Se la distinzione tra materie di alta gestione e di gestione corrente appare incerta e quella tra competenze delegabili e non potrebbe condurre a risultati non sempre attendibili, il carattere più o meno determinato dell'oggetto

⁴¹ Ma si veda ancora F. VASSALLI, *sub Art. 2380-bis, cit.*, 20, il quale osserva che mentre la "gestione", intesa come l'assunzione di scelte circa il compimento di operazioni economiche specifiche, è prerogativa esclusiva dell'organo amministrativo, ogni diverso aspetto dell'amministrazione, «politiche generali, strategia e programmazione dell'impresa sociale», «può in talune circostanze e a certe condizioni risultare eterodiretta». Ciò è quanto accade, ad esempio, sempre secondo l'A., nel caso della direzione e del coordinamento di società (artt. 2497 ss. c.c.) ritenendo che non possa mai aversi un'ingerenza sulle operazioni che strettamente attengono alla gestione dell'impresa in senso specifico.

dell'accordo sembrerebbe costituire un criterio più preciso.

Giova a tal fine richiamare quanto si è già detto a proposito del sistema brasiliano. In questo caso è utile guardare non tanto alla legge (art. 118 *l. S/A*) che, in sé, non pone distinzioni ma sembra ammettere qualsiasi patto sul controllo conferendogli efficacia corporativa (art. 118, §§ 8 e 9, *l. S/A*) ma all'applicazione concreta che questi patti hanno avuto nella prassi e al dibattito che ne è scaturito in seno alla dottrina e alle associazioni professionali.

Più in particolare, dallo studio dell'*Istituto Brasileiro Governança Corporativa* già citato⁴², è emerso che, nella prassi, gli accordi sulla gestione presentano due tipi di clausole: le clausole c.d. *guarda-chuva* e le clausole *específicas*. In virtù delle prime, tutte le deliberazioni dell'organo amministrativo devono essere precedute da una decisione della direzione del sindacato; in virtù delle seconde, invece, il previo coordinamento dei parasoci è previsto soltanto per alcune materie (ad esempio, tutte quelle di competenza esclusiva del consiglio oppure tutte quelle rientranti nell'amministrazione corrente).

Si è visto che, rispetto a questa distinzione di massima, certa dottrina brasiliana e buona parte del mondo degli operatori del diritto ritengono che sarebbero inammissibili le clausole onnicomprensive mentre, tra quelle *específicas*, sarebbero invalide solo quelle relative alle materie di competenza esclusiva del consiglio di amministrazione. Ora, è abbastanza chiaro che il riferimento all'oggetto degli *acordos de socios* costituisce, nell'opinione da ultimo richiamata, uno strumento per tornare a sostenere che gli accordi sulla gestione sarebbero sempre inammissibili quando relativi alla *Oberleitung*.

Pare possibile, però, ricavarne un criterio ulteriore e distinto.

Del resto, a ben vedere, altra parte della dottrina brasiliana, che pacificamente riconduce gli accordi sulla gestione tra quelli *de controle* menzionati dall'articolo 118 della legge sulle *sociedades anônimas*⁴³, pone l'accento proprio sul fatto che tali accordi debbano avere oggetto determinato, cioè che le materie rispetto alle quali è prevista una *reunião prévia* della direzione del sindacato siano espressamente indicate nel testo dell'accordo.

⁴² Cfr. E. GORGA, M. GELMAN, *O esvaziamento crescente*, cit.

⁴³ Cfr. soprattutto M. CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, cit., 116.

Quindi, tornando al diritto italiano, potrebbe ipotizzarsi che, nella valutazione di un sindacato di gestione, sia utile tenere conto anche del grado di precisione con cui sono indicate le materie oggetto dell'influenza dei parasoci, atteso che una cosa è dire che questi si impegnano (tra loro o con l'amministratore o con un terzo, a seconda dei casi) a coordinarsi in ordine alla gestione, generalmente e complessivamente intesa; altra cosa è, invece, prevedere che tale coordinamento sia stabile ma eccezionale.

Inoltre, un patto che riguardasse tutta la gestione, teoricamente possibile, potrebbe seriamente alterare il funzionamento della società quantomeno nel senso di rallentarne i processi decisionali anche nelle materie più "semplici".

3.4. Vincoli sulla gestione e dovere di diligenza.

Prima di passare all'esame delle conseguenze dell'esecuzione del patto, appare necessario completare il discorso sulla valutazione dei sindacati di gestione mettendo in rilievo i punti di contatto tra questi e il sistema dei doveri fiduciari posti a presidio del corretto esercizio della funzione gestoria.

Gli amministratori sono tenuti ad adempiere il loro incarico con la diligenza richiesta dalla natura dello stesso e dalle loro competenze specifiche (art. 2392 c.c.).

Nella sezione del presente lavoro dedicata all'individuazione dell'assetto della struttura di governo della società per azioni e delle questioni giuridiche che scaturiscono dalla conclusione di un patto sulla gestione⁴⁴, si è visto che la diligenza costituisce, in primo luogo, il parametro di riferimento per la valutazione dell'operato dell'organo amministrativo⁴⁵.

Sia che venga qualificata come clausola generale o come concetto elastico⁴⁶, essa attiene alla valutazione del momento attuativo del potere di gestione, è il

⁴⁴ Si rinvia al capitolo secondo e, in particolare, ai par. 1.1. e 1.1.2.

⁴⁵ Sul punto cfr. F. VASSALLI, *sub art. 2392. Responsabilità verso la società*, in *Società di capitali. Comm. Niccolini - Stagno d'Alcontres*, II, artt. 2380 - 2448, Jovene, Napoli, 2004, 680, secondo il quale «la diligenza costituisce una condizione per l'esatto adempimento della obbligazione di amministrare una società con osservanza delle regole di legge e di statuto»; M. SPIOTTA, *Commento all'art. 2392*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI, *, artt. 2325 - 2409 c.c., Zanichelli, Bologna, 763 ss.

⁴⁶ Non è pacifico se la diligenza possa ricondursi alla categoria delle clausole generali oppure se si tratti di un concetto indeterminato ed elastico che attiene alla qualità del

criterio di responsabilità che consente al giudice di valutare la conformità della condotta al modello legale individuato dal legislatore.

Pertanto, l'amministratore *deve* tenere una condotta diligente ⁴⁷. Tale dovere non individua una prestazione determinata ma indica il *modo* in cui l'amministratore deve agire e, nello specifico, adempiere i doveri fiduciari

comportamento e che, collocandosi a un livello diverso della buona fede, si avvicina ma non si identifica alle clausole generali.

Per la concezione della diligenza come obbligo, si vedano A. GUARNERI, *Le clausole generali*, in *Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, 2, a cura di G. ALPA - A. GUARNERI - P. G. MONATERI - G. PASCUZZI - R. SACCO, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino, 1999, 133; A. ZANARDO, *Il criterio della diligenza nell'esercizio dell'attività di amministrazione di s.p.a.: considerazioni generali e "declinazioni" applicative* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. MERUZZI - G. TANTINI, vol. LXII, Cedam, Padova, 2011, 89 ss.

Sulla funzione delle clausole generali, anche con riferimento al rapporto tra buona fede e diligenza, si vedano P. RESCIGNO, *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I-II, 1 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, 152 ss., secondo il quale «[...] la diligenza non può essere considerata fonte di obblighi, autonomi o accessori che siano. [...] la diligenza è un criterio di responsabilità nei confronti di una prestazione già determinata nel suo complesso».

In senso dubitativo, A. DI MAJO, *sub art. 1175*, in *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173 - 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna - Roma, 1988, 307, nt. 1; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, I, 95 ss., il quale ritiene che la differenza tra le clausole generali e le norme che contengono concetti elastici (come la diligenza) non sia soltanto ontologica ma di tipo funzionale: la diligenza presenta un grado di indeterminatezza inferiore rispetto alla buona fede e, inoltre, soltanto con le clausole generali possono crearsi diritti autonomi rispetto a una previsione legislativa mentre, nel caso delle norme elastiche, il diritto esiste già e all'interprete è rimesso il compito di determinarne l'ampiezza (verificando, nel caso della diligenza, se il soggetto si sia comportato secondo quel canone); A. RAVAZZONI, voce *Diligenza*, in *Enc. Giur.*, XI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989, 2.

⁴⁷ Cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 159 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 4, Utet, Torino, 1991, 323 ss., il quale osserva che il *dovere* di amministrare in maniera diligente (insieme al dovere di farlo senza conflitti di interessi) costituisce una clausola generale che non specifica quale comportamento debba essere tenuto «sicché spetterà al giudice determinare se, tenuto conto delle concrete circostanze di ogni singolo caso, si possa ritenere che gli amministratori abbiano violato uno o entrambi tali loro doveri» (p. 324). La tesi è stata accolta dalla gran parte degli Autori che si sono occupati del tema. Si veda anche C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 363 ss.

Contra M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori*, cit., 40 ss., il quale osserva che la diligenza non è un obbligo in sé ma che, specie in ragione della sempre maggiore centralità assunta dal dovere di corretta gestione e adeguatezza degli assetti (*ex art. 2403 c.c.*), la diligenza torna ad essere misura della condotta e non condotta essa stessa.

imposti dalla legge o dallo statuto ⁴⁸.

Di “obbligo” di diligenza si parla anche nell’ordinamento tedesco dove il § 93, Abs. 1, AktG impone ai componenti del consiglio di gestione un *Sorgfaltspflicht*, definito come il dovere di agire con la diligenza di un ordinario e coscienzioso amministratore, con la precisazione, già diffusamente richiamata, che non viola i propri doveri il componente del *Vorstand* che, nell’assumere una decisione imprenditoriale, poteva ragionevolmente ritenere di agire per il bene della società (*zum Wohle der Gesellschaft*).

In che misura il dovere di diligenza possa rilevare rispetto alla fattispecie dei sindacati di gestione dipende dalla concezione che se ne accoglie.

Anche sulla scorta delle aperture di certa dottrina tedesca in tema di ammissibilità di vincoli parasociali a carico del *Vorstand*, è parso opportuno distinguere la valutazione *ex ante* della liceità del vincolo dall’osservazione *ex post* del suo momento attuativo.

In questo senso, se si torna alla ricostruzione che, all’inizio di questo lavoro, si è tentato di dare della fattispecie dei sindacati di gestione e della variegata fenomenologia che ne costituisce la realizzazione concreta, si può constatare che all’ipotesi di sovvertimento *evidente* del sistema di *governance* (come, forse, potrebbe dirsi nel caso in cui l’amministratore partecipi direttamente al patto, abdicando alla sua funzione di organo neutrale) se ne accompagnino altre che meritano un approccio meno diffidente.

E, se dalla valutazione del patto si distingue la valutazione dei suoi effetti, in un’ottica che intende valorizzarle *entrambe*, potrà dirsi, com’è ovvio per qualsiasi fattispecie parasociale, che esso avrà degli effetti obbligatori diretti, consistenti nella creazione di un vincolo obbligatorio tra i paciscenti, e altri, che potrebbero definirsi “corporativi indiretti”, consistenti negli *atti* di gestione adottati in attuazione del patto, *rectius* delle direttive che promanano dagli organi del sindacato.

Il dovere di gestire diligentemente e, in ultimo, di perseguire l’interesse

⁴⁸ In questo senso, si veda la critica di A. ZANARDO, *Il criterio della diligenza*, cit., 226 s. la quale osserva che in ciò vi sarebbe un uso improprio del concetto di diligenza che, appunto, non è un obbligo in sé ma un criterio che indica il modello astratto di comportamento che deve essere tenuto.

sociale viene a rappresentare il filtro (e la garanzia) che, unitamente al sistema dei doveri fiduciari, si frappone tra tali istruzioni e il loro recepimento e, conseguentemente, la loro attuazione.

Dall'articolo 2403 c.c., che definisce l'oggetto del controllo demandato al collegio sindacale, si ricava che è obbligo degli amministratori rispettare i principi di corretta gestione e l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Al di là della portata che voglia assegnarsi all'obbligo di correttezza, anche in relazione alla diligenza e fermo quanto già osservato sul punto, è interessante che autorevole dottrina abbia ritenuto che l'ambito più rilevante in cui si manifesta il dovere di correttezza è quello che attiene al compimento delle scelte discrezionali di natura gestoria e che la correttezza sia garantita, *in primis*, dal fatto che vengano rispettati i processi decisionali⁴⁹. La conclusione di un patto di gestione potrebbe comportare una violazione del dovere di correttezza ove determinasse un'alterazione dei processi decisionali e ciò rappresenta un ulteriore elemento di cui tenere conto.

In quest'ottica, il principio di esclusività della gestione non solo non viene ad essere intaccato ma risulta confermato atteso che è agli amministratori, e ad essi soltanto, che spetta in ultimo la scelta su come gestire.

Quanto alla condotta tenuta, non si vede perché questa debba esporre gli amministratori a responsabilità per il fatto stesso di avere subito l'influenza dei paciscenti. Piuttosto, il giudice, eventualmente adito in sede di azione di responsabilità, dovrà verificare che si sia trattato di un comportamento diligente⁵⁰, utile al perseguimento dell'interesse sociale, tenendo conto, quindi, del grado di discrezionalità residua in capo agli amministratori (verificando, ad esempio, se questi abbiano assunto impegni in prima persona), dell'oggetto del patto, della sua funzionalizzazione rispetto al perseguimento di finalità di salvataggio o di sviluppo dell'impresa *etc.*

⁴⁹ M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori*, cit., 47.

⁵⁰ In questo senso la diligenza è il criterio che guida il giudice nella valutazione dell'idoneità dell'operato degli amministratori ai fini del soddisfacimento dell'interesse sociale.

4. L'esecuzione di un sindacato di gestione. Ruolo dei soci sindacati e riflessioni de jure condendo sulla trasparenza dei processi decisionali.

Il terzo livello delle argomentazioni poste a sostegno dell'opinione che si è andata illustrando attiene al profilo delle conseguenze dell'attuazione di un patto di gestione.

L'approccio interpretativo che si è accolto e che muove dalla valorizzazione della valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti «secondo l'ordinamento giuridico» sposta naturalmente il perno della questione dalla valutazione della validità dei sindacati di gestione in sé a quella della portata degli effetti che ne derivano.

Com'è ovvio non interessa qui lo svolgimento del rapporto tra gli aderenti quanto, piuttosto, capire se la dimensione parasociale possa “emergere” al livello sociale quando, in esecuzione del patto, si producano delle conseguenze dannose per la società.

Più precisamente, ci si chiede quale sia il ruolo dei soci sindacati e se questi possano considerarsi responsabili ed, eventualmente, a che titolo; inoltre, ci si chiede in che modo possa sanzionarsi il patto che si riveli invalido *ab origine* oppure in un caso specifico.

Questo aspetto non pare certo meno importante degli altri passati in rassegna ma, anzi, ne costituisce il complemento. Sebbene le difficoltà probatorie di un'ipotesi ricostruttiva del genere siano molte, soprattutto a causa dell'opacità dei meccanismi decisionali propri dei patti parasociali, è opportuno riflettere sul tema sia, in punto di teoria generale, per comprendere, ad esempio, se le regole di responsabilità da ingerenza nella gestione che il nostro ordinamento già conosce sono suscettibili di applicazione analogica; sia perché, dalle considerazioni svolte risulta che la sanzione della nullità dell'intero patto, per contrarietà con le norme imperative, non sempre si rivela lo strumento più adeguato o più efficiente.

Infine, ci si limiti a osservare che pure ci si potrebbe chiedere, *de jure condendo*, se sia immaginabile un'implementazione dei meccanismi pubblicitari previsti per i patti parasociali e un'estensione degli stessi anche alle società

chiuse, ove ciò possa rivelarsi uno strumento utile a dirimere alcune delle problematiche che si sono viste e che sono certamente acuite dall'inaccessibilità del mondo parasociale al di fuori delle società quotate. Tuttavia, la questione resta, in questa sede, oggetto di tale breve accenno ponendo essa problemi ben più complessi, come quello del rapporto tra libertà contrattuale e normazione imperativa. Rispetto a tale questione potrebbe, però, osservarsi, in senso dubitativo, che in un sistema che, per scelta del legislatore, già si caratterizza per una vincolatività e una trasparenza crescenti in ragione dell'apertura delle società azionarie al mercato, difficilmente potrebbero rintracciarsi, per le società chiuse, sufficienti ragioni giustificatrici l'estensione ipotizzata e la corrispondente compressione dell'autonomia e della libertà contrattuali.

4.1 Configurabilità di una responsabilità da “gestione”.

Cominciando dal profilo attinente al ruolo e alla responsabilità dei soci sindacati rispetto alle scelte gestorie compiute dagli amministratori della società, si è visto che può rintracciarsi, nel nostro ordinamento, una regola generale di corrispondenza tra gestione e responsabilità.

Tale regola trova conferma nel sistema legale di *governance* delle società di capitali e nei regimi eccezionali che si applicano nelle ipotesi di “ingerenza” nella gestione, considerate dal legislatore o dalla giurisprudenza (come nei casi del coinvolgimento nella gestione dei soci di s.r.l. e dell'attività di direzione e coordinamento o dell'amministratore di fatto).

Tuttavia, non è per nulla scontato che, al di fuori di tali fattispecie, il socio che, aderendo a un patto parasociale, abbia influito, in diversa misura, sulla gestione vada considerato completamente irresponsabile così come non lo è il fatto che debba rispondere allo stesso titolo degli amministratori.

Neppure può sostenersi che, per effetto di tale ingerenza, sussista una limitazione o un'esenzione di responsabilità a favore degli amministratori “influenzati”⁵¹.

⁵¹ Ci si potrebbe chiedere se i soci sindacati possano concorrere con il proprio voto alla deliberazione assembleare in ordine all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Pare che l'interrogativo dovrebbe essere risolto positivamente in virtù della regola di separatezza tra piano sociale e parasociale. Oltretutto, potrebbe osservarsi che con il sindacato

Preliminarmente, pare opportuno sottolineare che il tipo di influenza sulla gestione cui si fa riferimento in ordine alla configurabilità di una responsabilità dei soci sindacati è, ai fini del presente lavoro, unicamente quella esercitata direttamente sulla funzione amministrativa, non attraverso il coordinamento dell'esercizio del voto in assemblea⁵² ma al di fuori del procedimento assembleare e in occasioni extra-istituzionali di contatto tra il gruppo dei paciscenti e gli amministratori.

di gestione gli aderenti si limitano a influenzare la condotta degli amministratori ma che questi ultimi restano i titolari della funzione amministrativa ed è ad essi rimessa la valutazione discrezionale di tutti gli elementi necessari per la decisione (quindi, anche le istruzioni dei parasoci).

A conclusioni diverse giunge G. SBISÀ, *Patti parasociali*, cit., 456, il quale, invece, sostiene che i soci che hanno deciso il compimento di un'operazione o che hanno impartito delle direttive non possano, in ragione di ciò, concorrere alla deliberazione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. L'A. osserva, però, che se cambia la maggioranza o se i soci che deliberano l'azione sono diversi da quelli che hanno impartito le direttive, gli amministratori non potranno invocare la violazione del divieto del *venire contra factum proprium*, perché i vincoli in virtù dei quali le istruzioni sono state impartite non vincolano la società e non sono ad essa opponibili.

A ben vedere, un ostacolo alla partecipazione dei parasoci alla deliberazione dell'azione di responsabilità potrebbe essere rappresentato, piuttosto, dalla possibilità che gli stessi versino in conflitto di interessi (art. 2373 c.c.), circostanza questa che potrebbe ragionevolmente ricorrere in considerazione dell'esistenza di un sindacato di gestione e del fatto che la condotta che espone gli amministratori a responsabilità potrebbe essere stata influenzata da quegli stessi in qualità di parasoci.

⁵² Il controllo congiunto derivante dalla concertazione in ordine al voto da esercitare in assemblea e la responsabilità "deliberativa" del socio di controllo o dei soci che, insieme, vengono a detenere una partecipazione qualificata costituisce un'ipotesi di lavoro contigua rispetto a quella di cui si discute ma diversa. Il presente lavoro si propone, infatti, di approfondire il fenomeno dei sindacati di gestione osservandolo nella sua forma "pura", cioè isolandolo rispetto ad altri fenomeni di ingerenza nella gestione e anche rispetto alle altre tipologie di patti parasociali, segnatamente i patti sul voto. Sebbene, nella prassi, tali pattuizioni possano convivere e spesso confluiscono all'interno di un unico accordo, si intendono qui isolare i profili inerenti l'influenza diretta sulla gestione e le conseguenze della sua attuazione qualora questa si risolva nel compimento, da parte degli amministratori, di atti di *mala gestio* causalmente collegati alle istruzioni impartite dai paciscenti. D'altra parte, il tema della responsabilità derivante dalla partecipazione al procedimento assembleare offre diversi spunti anche per l'inquadramento della questione che qui si vuole affrontare, soprattutto con riferimento ai criteri di imputazione di tale responsabilità ove ci si voglia chiedere se, anche al di fuori delle fattispecie dannose che inglobano una fase deliberativa assembleare, sia possibile porre in capo al gruppo di comando, generalmente inteso, un dovere di correttezza nei confronti della società e degli altri soci, derivante dai principi comuni del diritto (artt. 1175 e 1375 c.c.).

Sul tema si veda F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 2004. In particolare, l'A. parla di uno «statuto della partecipazione di controllo» (p. 132), di cui la responsabilità "deliberativa" (intesa come legata alla partecipazione al procedimento assembleare) costituisce soltanto un profilo.

Attese le molteplici sfumature dei sindacati di gestione, anche il titolo della responsabilità dei paciscenti non può essere sempre lo stesso, dovendo ritenersi che la differenziazione tra patti “deboli” e patti “forti” comporti anche una graduazione nella responsabilità.

In termini generali, i soci sindacati potrebbero essere chiamati a rispondere della propria condotta a titolo di concorso ⁵³.

E infatti, esclusa qualsiasi limitazione di responsabilità a favore degli amministratori vincolati, la responsabilità di questi concorrerà *in solido* con quella di chi si è ingerito, ove se ne ravvisino i presupposti.

Sulla scorta delle esperienze dei fenomeni di ingerenza nella gestione che si sono esaminati più da vicino, potrebbe verosimilmente trattarsi di responsabilità per induzione all’inadempimento. E ciò, soprattutto, tenuto conto del fatto che la condotta di chi si ingerisce consiste e si esaurisce, nel caso dei patti di gestione, nell’indurre (“fare il possibile affinché”) l’amministratore ad agire in conformità delle istruzioni ricevute, portandolo così a violare il dovere generale di perseguire l’interesse sociale ove le predette istruzioni siano ad esso contrarie ⁵⁴.

⁵³ Potrebbe ipotizzarsi anche un richiamo alla responsabilità per gestione d'affari altrui non autorizzata *ex artt.* 2028 ss. c.c., che costituirebbe un illecito extracontrattuale e obbligherebbe a risarcire il danno patito dal *dominus* o dai terzi. Tuttavia, il principale ostacolo a tale richiamo potrebbe essere ancora costituito dal concetto di gestione che, nel caso dei sindacati in oggetto, non è diretta, almeno nel senso che i paciscenti non compiono direttamente atti gestori ma ne influenzano il compimento da parte dell’organo amministrativo. D’altra parte neppure sussiste alterità di interessi tra chi gestisce e il titolare del patrimonio gestito. Sull’argomento, cfr. S. FERRARI, voce *Gestione d'affari altrui (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, 643 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 3 Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 142 ss.

⁵⁴ Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”, cit.*, 382 ss., il quale fa riferimento alla dottrina della «interferenza del terzo nell’attuazione del rapporto obbligatorio» (p. 382) vale a dire il fenomeno del concorso volontario nell’inadempimento mediante un comportamento che agevoli, provochi o consenta l’inattuazione dell’obbligazione. Al suo interno, lo stesso A. distingue l’*induzione* dalla *cooperazione* a seconda dell’intensità del dolo. Peraltro, si tratta di una responsabilità di natura extracontrattuale ma che nella ricostruzione proposta, nell’*op. ult. cit.*, l’A. ritiene opportuno attrarre entro la sfera della contrattualità e del regime della responsabilità degli amministratori. La finalità di tale interpretazione, che, si torna a ribadire, è specificamente rivolta a definire il regime della responsabilità derivante dalla partecipazione al procedimento assembleare del socio di controllo e dall’esercizio abusivo o illecito del diritto di voto a questo spettante, risiede nell’esigenza di creare un regime uniforme della «responsabilità del gruppo di comando» che ricomprenda «tutti i soggetti che interagiscono in posizione qualificata e perciò effettivamente concorrono - vuoi nell’espletamento dei compiti organici,

Quanto alla natura di tale responsabilità, pare che le soluzioni adottate per gli altri fenomeni di “ingerenza” e le caratteristiche dei sindacati di gestione suggeriscano che si tratti di una responsabilità extracontrattuale. E, ove si voglia ricorrere alla figura dell’induzione all’inadempimento, sarà a titolo di dolo, da intendersi come consapevolezza del legame tra la propria influenza e la condotta antigiuridica dell’amministratore.

Ci si può chiedere se possa porsi in capo agli aderenti a un sindacato di gestione quel dovere di protezione “con effetti esterni” che certa dottrina ha posto in capo al socio di controllo ⁵⁵.

Tale dovere scaturirebbe dall’obbligo di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) e sorgerebbe in capo al socio che, da solo o congiuntamente ad altri (magari in virtù di un patto parasociale di voto ⁵⁶), venga a detenere una partecipazione qualificata ed eserciti il proprio diritto determinando l’esito del procedimento deliberativo assembleare ⁵⁷.

Nel caso in cui l’influenza del socio o dei soci paciscenti non si estrinsechi nell’espressione del voto in assemblea, il rispetto di tale dovere di correttezza dovrebbe essere verificato avendo riguardo alle direttive emanate dagli aderenti a un sindacato di gestione o, a seconda del suo contenuto, nelle modalità di svolgimento del procedimento consultivo.

Ciò sarebbe teoricamente possibile ma di difficile realizzazione perché il contatto tra il gruppo dei paciscenti e l’amministratore o gli amministratori “di

vuoi nell’esercizio dei poteri extra-istituzionali - a determinare stabilmente le decisioni societarie di maggior rilievo» (p. 390 s.).

⁵⁵ Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”*, cit., 245 ss.

Si veda, a tal proposito, la dottrina statunitense sulla *controlling shareholder’s liability*, che trova fondamento nella legge (*Securities Act*, s. 20 a) e si ricollega a fattispecie di responsabilità per induzione all’inadempimento, sul presupposto che chi controlla è nella migliore posizione per monitorare e, in ragione della posizione di privilegio che detiene, è tenuto a sopportarne le conseguenze.

Cfr. con riferimento alle conseguenze in punto di responsabilità per il socio di controllo, N. A. MENDELSON, *A control-based approach to shareholder liability for corporate torts*, in *Col. Law Rev.*, vol. 102, 2002, 1203 ss.; in senso critico, proponendo una ricostruzione alternativa che faccia salva la responsabilità limitata dei soci (e i benefici connessi a tale regime) e rafforzi quella per *tort* degli *highest-ranking officers*, T. GLYNN, *Beyond “Unlimiting” Shareholder Liability: Vicarious Tort Liability for Corporate Officers*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, No. 2, 2004, 329 ss.

⁵⁶ Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”*, cit., 345 s.

⁵⁷ Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”*, cit., 342 ss.

fiducia” si svolge *interamente* in via di fatto o, comunque, su un canale parallelo a quello sociale e non è destinato ad emergere, atteso che l’atto amministrativo infine adottato dagli amministratori sarà a questi attribuibile mentre non sarà facile valutare se e in che misura sia stata determinante, rispetto ad esso, l’influenza esercitata dai parasoci.

Lo stesso, in parte, varrà per le società quotate dove il sistema degli obblighi di comunicazione consente di conoscere l’esistenza dei patti e quindi *chi* esercita il potere di controllo ma non *come* questo viene esercitato e, quindi, i processi decisionali interni agli organi del sindacato qualora questo non intenda coordinare l’esercizio del voto in assemblea.

Tuttavia, la difficoltà di accertamento della violazione del dovere di correttezza e buona fede nei confronti della società e degli altri soci è questione distinta da quella della sua configurabilità in capo agli aderenti a un sindacato di gestione.

A ben vedere, anzi, parrebbe insoddisfacente ritenere che il criterio di imputazione della responsabilità dei soci sindacati risieda nel generico dovere di *neminem laedere* di cui all’articolo 2043 c.c. e non nella posizione da questi rivestita rispetto alla politica di governo societario. Del resto, se è vero che la nozione di controllo cui il legislatore fa riferimento è, in primo luogo, quella del controllo garantito dall’esercizio del diritto di voto, lo stesso legislatore contempla in più occasioni il controllo di natura contrattuale al quale può ragionevolmente ascriversi quello derivante da un sindacato di gestione ⁵⁸.

Inoltre, il paradigma del *neminem laedere* implicherebbe un’occasionalità e un’accidentalità del rapporto e potrebbe apparire riduttivo rispetto alla portata dei sindacati di gestione, i quali, invece, sono caratterizzati proprio dalla stabilità, cioè dalla costituzione di una struttura che consenta ai soci di influenzare la gestione con decisioni, in sé eccezionali ma ricorrenti, con regolarità, in presenza di certi presupposti.

Riprendendo le fila del discorso, può, quindi, osservarsi che è ragionevole

⁵⁸ In questo senso M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 500 ss.

Si noti, inoltre, che l’art. 7 della l. 287/90 alla lettera b) espressamente richiama tra gli elementi atti a costituire il controllo (oltre che nei casi contemplati dall’articolo 2359 c.c.), «diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un’influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un’impresa».

ritenere che i soci sindacati siano chiamati a rispondere della propria condotta. Ovviamente, ciò presuppone che sia stato possibile accertare (operazione difficilissima) il legame tra il sindacato e le scelte gestorie compiute dagli amministratori nonché l'identità degli aderenti al patto.

Il criterio di imputazione di tale responsabilità deriverebbe dalla regola che impone che chi gestisce debba rispondere della propria condotta.

La responsabilità degli amministratori è *esclusiva*, nel senso che non può essere attenuata per il fatto che un terzo abbia partecipato alla gestione ma *non* nel senso che con essa non possano concorrere altre responsabilità, anche a titolo diverso.

In questo senso la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento ha avuto una portata fortemente innovativa per avere, da un lato, consacrato una valutazione non necessariamente negativa del fenomeno dell'eterodirezione in sé; dall'altro, per avere introdotto un principio di portata generale per cui chi si ingerisce nella gestione è tenuto a rispondere della correttezza del proprio operato. Questa regola di correlazione tra gestione e responsabilità trova anche nella disciplina della s.r.l. diretta espressione e, ragionevolmente, si estende anche al caso dei soci sindacati.

Proprio in merito al titolo della responsabilità degli aderenti a un sindacato di gestione, il riferimento al dovere di correttezza e di protezione che la posizione di controllo imporrebbe al proprio titolare potrebbe suggerire che si tratti di una responsabilità di natura contrattuale⁵⁹, soluzione che si rivelerebbe

⁵⁹ Sebbene l'esistenza di un rapporto diretto con il danneggiato non impedisca che si configuri una responsabilità contrattuale del danneggiante per contatto sociale e, quindi, in virtù dei particolari doveri di protezione derivanti dalla posizione che questo occupa, potrebbe osservarsi che la natura parasociale del sindacato di gestione e, soprattutto, il fatto che questo non assuma mai rilievo per la società, nel senso che non si traduce mai in una deliberazione assembleare adottata con il voto determinante degli aderenti, potrebbe costituire un ostacolo alla ricostruzione di un rapporto tra questi e la società. Anche nell'ipotesi più grave in cui l'amministratore aderisca al patto e personalmente si impegni a seguire le direttive emanate dalla direzione del sindacato, ciò non vale a instaurare un rapporto tra la società e gli aderenti al patto, da cui derivino obblighi fiduciari dei secondi nei confronti della prima. La natura parasociale del patto e il fatto che questo non rilevi per la società, se non per il danno che possa derivarne ove vengano impartite direttive lesive dell'interesse sociale, impedirebbero che si venga a costituire un rapporto contrattuale, anche di fatto. E ciò pure in quelle società a base azionaria ristretta, campo di applicazione elettivo dei patti di gestione, in cui, in virtù dei legami che intercorrono tra i soci, è plausibile che la società sia a conoscenza dell'esistenza del patto e a meno di volere ritenere, ma con ciò ci si sconfinava nell'ambito dell'amministrazione di fatto, che

più favorevole ai soggetti che “subiscono” l’esistenza di un patto di gestione ⁶⁰.

Senza volere prendere posizione definitiva sul punto, attesa la complessità dell’argomento e l’impossibilità di esaurirlo in poche battute, pare che sarebbe preferibile propendere per una responsabilità di natura extracontrattuale anche per l’idoneità dello schema della responsabilità per induzione all’inadempimento ad inquadrare l’ingerenza diretta nella gestione attuata per mezzo di un sindacato.

Conviene allora provare a verificare se, tra le regole di responsabilità da eterogestione analizzate nel capitolo secondo ⁶¹, ve ne è qualcuna suscettibile di applicazione al caso dei sindacati di gestione e che fornisca, eventualmente, anche dei criteri di orientamento per affrontare i problemi che si sono posti.

Deve escludersi il richiamo in questi termini della disciplina della responsabilità per attività di direzione e coordinamento, per il fatto che essa presuppone non una semplice ingerenza ma un’attività in vista della realizzazione di un disegno imprenditoriale unitario e un rapporto di dipendenza economica tra società o ente controllante e società diretta, senza considerare l’ostacolo di carattere letterale costituito, appunto, dal riferimento, contenuto nell’art. 2497 c.c., alle “società” o agli “enti” e non più alle persone fisiche. Tale disciplina, pertanto, conserva il ruolo di punto di riferimento per la portata innovativa e generale dei principi che la ispirano ma la

tutti i soci, aderenti in misura totalitaria al patto di gestione, abbiano in tal modo voluto conferire un mandato ad amministrare a favore di quelli tra essi che siederanno nel comitato direttivo del sindacato. Tuttavia, perfino in questo caso, non è ravvisabile un rapporto tra la società e gli aderenti al patto, perché i soci partecipano ad esso *uti singuli* (tutti insieme ma ciascuno per sé) e non in quanto organo assembleare.

Peraltro, F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”, cit.*, 250, osserva che la responsabilità per induzione all’inadempimento (intesa come induzione dolosa all’inadempimento degli obblighi propri degli amministratori o dei sindaci) potrebbe concorrere con la responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi di protezione che controbilanciano la posizione di dominio e che si configurerebbe nel caso di «cooperazione» all’inadempimento degli amministratori.

⁶⁰ Si veda però F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”, cit.*, 389 il quale, con riferimento alla responsabilità “deliberativa” del socio di controllo ritiene che la questione della natura della responsabilità non attenga al regime probatorio che resterebbe identico in virtù dell’articolo 2697 c.c., per cui il danneggiato dovrebbe ugualmente provare anche l’elemento soggettivo, ma per esigenze di uniformità con il regime della responsabilità degli amministratori, rispetto alla quale quella del socio di controllo ha funzione integrativa e rafforzativa della tutela degli interessi coinvolti.

⁶¹ Si rinvia ai par. 3, 3.1., 3.2. e 3.3. del capitolo secondo.

regolamentazione tecnica che ne deriva non pare suscettibile di applicazione analogica al caso dei sindacati di gestione.

Restano la figura dell'amministratore di fatto e la disciplina complessa che regola la responsabilità dei soci di s.r.l. coinvolti nella gestione.

Della prima, l'amministrazione di fatto, deve escludersi un'applicabilità in via di analogia perché essa presuppone che un soggetto compia stabilmente e in maniera continuativa atti tipici della funzione amministrativa. E questo manca, di regola, nei sindacati di gestione dove, anche a prescindere dal requisito della non occasionalità, i paciscenti non compiono direttamente atti gestori ma ne influenzano il compimento da parte dell'organo amministrativo. Tuttavia, come si è più volte ricordato, nulla vieta che un patto "forte" preveda che - con il consenso espresso o con la tacita tolleranza dell'organo di diritto - uno dei paciscenti compia atti amministrativi in prima persona, nel qual caso questi sarà senz'altro un amministratore di fatto e risponderà della propria condotta allo stesso titolo degli amministratori di diritto.

Si giunge così alla disciplina della responsabilità dei soci di s.r.l. per la loro partecipazione all'amministrazione (art. 2476, co. 7, c.c.). Questa regola si presta a un'interpretazione analogica sebbene tale interpretazione dipenda dalla concezione che si intende adottare di quel regime.

Se lo si considera di carattere eccezionale, per cui se ne esclude l'applicabilità in via estensiva ai soci di s.p.a., nonché la riferibilità ad atti, di decisione o di autorizzazione, atipici o meramente fattuali, allora l'analogia in discorso dovrebbe escludersi.

Se, invece, si ammette che la regola di cui al settimo comma dell'articolo 2476 c.c. abbia una vocazione generale, che trovi applicazione anche nei confronti di soci di s.p.a. e in presenza di atti non tipici, allora essa offre un appiglio normativo importante per la soluzione della questione della sussistenza di una responsabilità in capo ai soci sindacati.

Quanto agli elementi costitutivi la fattispecie, si è visto che i punti di contatto con quella dei sindacati di gestione sono diversi: la partecipazione dei soci avviene attraverso "decisioni o autorizzazioni", atti di influenza che si pongono in una fase antecedente il compimento dell'atto amministrativo e che non giungono mai ad una partecipazione diretta allo stesso; inoltre, si tratta di

atti che instaurano una relazione, un contatto diretto, tra i soci e gli amministratori senza passare necessariamente per il procedimento decisionale (o assembleare) nelle sedi istituzionali.

Quanto alla natura di tale responsabilità, essa è dibattuta e, come si è visto, probabilmente potrebbe dirsi contrattuale nei confronti della società ed extracontrattuale nei confronti dei singoli soci o dei terzi danneggiati ⁶².

In ogni caso, si tratta di una responsabilità per dolo, come confermato dall'avverbio «intenzionalmente», posto dal legislatore a significare che la condotta di consapevole partecipazione all'amministrazione espone il socio a responsabilità ⁶³.

Però, si è anche osservato che la stessa scelta di limitare la responsabilità dei soci di s.r.l. agli atti *intenzionali* potrebbe giustificarsi con la rilevanza della persona del socio in tale tipo sociale. D'altra parte, si è pure visto che autorevole dottrina ritiene di propendere per un'applicazione estensiva della regola di cui al settimo comma dell'articolo 2476 c.c.

Da quanto detto sembra possa trarsi la conclusione che, tra le regole di responsabilità da eterogestione, quella dettata per i soci di s.r.l. sia maggiormente in grado di offrire una base normativa per la configurazione della responsabilità dei soci aderenti a un sindacato di gestione ⁶⁴.

⁶² Si rinvia al par. 3.2. del capitolo secondo.

⁶³ Sul significato da attribuire all'avverbio «intenzionalmente», cfr. V. MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 687 ss., nel senso che questo non indichi semplicemente l'intenzionalità dell'atto (decisione o autorizzazione) ma anche la consapevolezza dell'illiceità del comportamento che si induce, cioè delle conseguenze del proprio agire e, quindi, del legame psicologico tra l'atto di impulso del socio e il comportamento dell'amministratore. Non sarebbe, invece, necessaria *anche* la consapevolezza del danno, altrimenti si finirebbe per confinare la responsabilità del socio «a ipotesi di azione irragionevole o emulativa, per le quali non era proprio il caso che il legislatore si scomodasse per scrivere un'apposita norma che risulterebbe per di più totalmente avulsa dal sistema» (p. 691). Chiaramente, lo stesso A., mette in guardia dal fatto di voler considerare necessaria la «collusione» dell'amministratore perché ciò vorrebbe dire limitare anche la responsabilità di questo al dolo, cosa che non corrisponde alla legge perché la responsabilità degli amministratori è per colpa.

⁶⁴ Si veda, però, l'opinione di M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 123 ss., secondo il quale la responsabilità dei soci sindacati discenderebbe dalla disciplina della responsabilità per attività di direzione e coordinamento. Non osterebbe a tale interpretazione il fatto che l'articolo 2497 c.c. si riferisca alle «società» o agli «enti». Ed infatti, secondo l'A., la disposizione si applicherebbe letteralmente ai sindacati di gestione nel solo caso in cui «i) il patto parasociale sia relativo ad una società che *esercita attività di direzione e coordinamento*, (ii) tale società sia chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 2497, 1° comma, per abuso di direzione unitaria, e (iii) gli stessi soci

Ci si potrebbe chiedere, poi, se la responsabilità dei paciscenti abbia natura contrattuale, almeno nei confronti delle società - analogamente a quanto sostenuto da taluno per la s.r.l. - e se sia possibile giustificare, anche per i soci sindacati, una limitazione della responsabilità al solo dolo, inteso come consapevolezza del legame tra l'influenza esercitata e la condotta antiggiuridica degli amministratori. Se l'estensione di tale regime e di tale limitazione sia eccessivamente favorevole, è questione legata, in parte, a considerazioni di politica legislativa. Sul punto pare comunque ragionevole ricondurre la posizione dei soci sindacati entro lo schema della responsabilità per induzione all'inadempimento⁶⁵, che è responsabilità per dolo. Inoltre, può osservarsi che la responsabilità dei soci sindacati resta comunque accessoria a quella degli amministratori e non è pensabile, salvo il caso del paciscente che sia anche

sindacati abbiano *preso parte* al fatto lesivo o ne abbiano *consapevolmente tratto beneficio*» (p. 124). Tuttavia, anche in assenza di queste condizioni, la disciplina di riferimento resterebbe comunque quella *ex art. 2497 c.c.* sul presupposto che essa rappresenti l'emersione a livello legislativo del principio secondo il quale chi in concreto gestisce è tenuto ad agire correttamente e a rispondere della propria condotta. Continua l'A., «in ossequio a tale principio, le norme in materia di responsabilità per abuso di direzione unitaria dovranno quindi applicarsi a *chiunque* eserciti un'attività di "*gestione indiretta*" (o di "*indirizzo*") della società, ivi compresi i soci aderenti ad un sindacato di gestione» (p. 125). L'A., peraltro, non condivide l'opinione secondo cui lo schema di riferimento sarebbe quello della responsabilità dolosa per induzione all'inadempimento perché, da un lato, essa implicherebbe un regime probatorio eccessivamente oneroso; dall'altro, essa si riferirebbe a induzioni *occasional*i, mentre l'attività di influenza della gestione propria dei sindacati in discorso avrebbe il carattere di *attività* organizzata e stabile.

Tuttavia, si è già osservato, che, sebbene non si possa non convenire sul fatto che la disciplina della responsabilità per attività di direzione e coordinamento confermi, insieme a quella dettata per i soci di s.r.l., l'esistenza di un principio generale che correla (influenza sulla) gestione e responsabilità, i requisiti applicativi della prima parrebbero estremamente specifici e non sempre rintracciabili (almeno non tutti) nel fenomeno dei sindacati di gestione. Così, oltre alla questione della configurabilità di un'*attività*, intesa come serie organizzata di atti finalizzata alla realizzazione di un disegno imprenditoriale unitario (requisito già di per sé difficilmente riconducibile al patto di gestione), sarebbe necessario un rapporto di dipendenza economica.

In altre parole, il richiamo alla disciplina *ex articolo 2497 c.c.* non viene qui respinto ma anzi valorizzato proprio nella misura in cui esso concorre alla definizione di una regola generale di responsabilità per "ingerenza" nella gestione; in punto di disciplina applicabile, però, il regime della responsabilità dei soci di s.r.l. parrebbe di più immediata applicazione ai sindacati di gestione, sebbene con le precisazioni e i limiti che si sono visti.

⁶⁵ Condivide l'impostazione secondo cui si tratterebbe di responsabilità per induzione all'inadempimento F. VASSALLI, *I sindacati, cit.*, 1206, osservando che la disciplina della responsabilità di chi abbia esercitato in modo non corretto l'attività di direzione e coordinamento «costituisce un ulteriore indice della possibilità di superamento, in tutti i casi di influenza extrassembleare da parte dei soci, del dogma della loro irresponsabilità per le decisioni prese in materia di gestione».

amministratore di fatto, una sua equiparazione alla responsabilità degli amministratori di diritto. D'altra parte, i sindacati di gestione costituiscono un *fenomeno* molto ampio e variegato che, in diversi casi, è strumentale alla realizzazione di esigenze meritevoli di tutela. La stipulazione di un patto di gestione non è imprescindibile ma è indubbio che possa portare a risultati efficienti consentendo di conferire stabilità alla gestione oppure consentendo alla società di partecipare ad operazioni vantaggiose per la crescita o il risanamento dell'impresa che potrebbero esserle, altrimenti, precluse.

In ultima istanza, la regola offerta dalla disciplina della s.r.l. sembra di vocazione generale e suscettibile di applicazione al caso dei sindacati di gestione. Ad ogni modo, l'individuazione del regime di responsabilità pare che debba mirare a coniugare almeno due esigenze: da un lato, ampliare la tutela della società e dei terzi introducendo meccanismi di deterrenza dalla partecipazione consapevole al compimento di atti di *mala gestio*; dall'altro, non intralciare oltre la misura necessaria, scoraggiandoli, la crescita e lo sviluppo delle relazioni economiche e degli investimenti.

Va aggiunto a quanto detto che un elemento che potrebbe ostare all'applicazione della regola di responsabilità dei soci di s.r.l. agli aderenti a un sindacato di gestione potrebbe risiedere nel fatto che questi ultimi, di regola, sono soci ma tra essi potrebbe esservi un terzo. La presenza di un terzo potrebbe essere di ostacolo perché la disciplina di cui all'articolo 2476, co. 7, c.c. presuppone la qualità di socio in capo a chi partecipa all'amministrazione. A tal proposito potrebbe osservarsi che è ragionevole ritenere che gli aderenti a un sindacato siano chiamati a rispondere comunque della propria condotta e che, ove l'applicazione diretta della regola dettata per la s.r.l. risulti di difficile attuazione, resta fermo quel principio generale di correlazione tra gestione e responsabilità che si è visto discendere dal complesso sistema dell'eterogestione e, soprattutto, dal principio di corretta gestione societaria e imprenditoriale che governa l'attività di direzione e coordinamento.

Infine, resta aperta anche la questione della ripartizione della responsabilità o, meglio, degli obblighi risarcitori nei rapporti interni sia tra amministratori e parasoci ma anche tra gli aderenti al sindacato, cioè il problema della riferibilità della responsabilità a chi, all'interno del sindacato,

abbia effettivamente esercitato l'influenza, ove tale soggetto sia identificabile e sia dimostrabile che gli altri si siano astenuti dalla votazione per l'adozione della decisione contestata e, magari, abbiano espresso il proprio dissenso in ragione della potenziale dannosità degli atti esecutivi della stessa ⁶⁶.

In conclusione, può osservarsi che la questione della responsabilità dei soci sindacati costituisce una parte importante della riflessione sui sindacati di gestione sebbene molti profili restino ancora dubbi. Da tempo la dottrina evidenzia che in molti casi i rimedi invalidativi (della deliberazione viziata o del patto parasociale) non sono sempre in grado, da soli, di ricomprendere tutti gli interessi coinvolti e di garantirne una tutela efficace. In questa prospettiva, l'approfondimento del tema della responsabilità solidale di chi si ingerisce nella gestione può, quindi, rivelarsi in grado di completare il sistema e consentire di risalire a chi con la propria influenza ha determinato il governo della società ⁶⁷.

4.2 Invalidità originaria, invalidità sopravvenuta e inefficacia del patto.

Un ultimo profilo che merita di essere approfondito è quello delle sanzioni applicabili nei confronti del patto di gestione che risulti perseguire interessi non meritevoli di tutela.

A questo proposito, gli scenari possibili sono almeno tre.

In primo luogo, può accadere che il patto risulti illecito *ab origine* cioè contrario alle norme imperative, perché sovversivo del sistema di governo societario. Potrebbe essere il caso dei patti che si sono definiti "forti" o, se si

⁶⁶ Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 345 s. che evidenzia che nel caso di controllo congiunto (concertazione sul voto) derivante da un patto parasociale la responsabilità sarà dei soci che dirigono la coalizione, cioè che contribuiscono attivamente e consapevolmente alla politica di comando e non a quelli che abbiano passivamente rimesso la propria partecipazione e il proprio voto alla volontà della maggioranza.

⁶⁷ In questo senso, osserva F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 245 ss. che i rimedi invalidativi della deliberazione viziata (per vizi formali o sostanziali) possono rivelarsi insufficienti e che i soggetti danneggiati possono avere interesse a farli accertare soltanto per ricostruire l'eziologia del danno. In particolare, osserva l'A., ci sono dei casi in cui la funzione di garanzia propria dell'organo amministrativo, che dovrebbe agire da "filtro", non opera «a causa della sua sudditanza al gruppo di comando o della sua connivenza con esso, dimodochè si profili la configurabilità del socio (o della coalizione di controllo) - secondo i principi di diritto comune (art. 2055 c.c.) - quale concorrente nella fattispecie illecita ascrivibile agli amministratori» (p. 247).

accede all'opinione più permissiva, dei patti che vincolano gli amministratori a tenere una condotta evidentemente in contrasto con l'interesse sociale e i doveri fiduciari . Si supponga che il patto trovi esecuzione e che esso giunga al vaglio del giudice, ad esempio perché uno dei paciscenti si rifiuti di adempiere e gli altri (o un altro) lo citino in giudizio. In questo caso, è ragionevole attendersi che il giudice pronunci la nullità dell'intero patto e che liberi, pertanto, il paciscente convenuto da qualsiasi obbligo risarcitorio. Rispetto alle ulteriori conseguenze, vale quanto già osservato: se al patto è conseguito il compimento di un atto amministrativo, conforme alle direttive del sindacato ma contrario all'interesse sociale e al dovere di agire diligentemente, l'amministratore sarà responsabile e lo saranno anche i soci sindacati, nei limiti di quanto si è osservato in precedenza.

Può poi accadere che il patto sia astrattamente lecito ma che ne sopravvenga l'invalidità qualora la sua attuazione riveli che gli interessi sottostanti al sindacato portano a risultati (sempre) non conformi all'interesse sociale. Anche in questo caso la valutazione di invalidità del patto è ragionevole ed essa presuppone che esso sia stato oggetto di una valutazione in concreto, condotta anche alla luce dei criteri che si sono visti in precedenza.

Potrebbe darsi infine un'ipotesi intermedia. Si dia il caso, ad esempio, di un patto lecito ("debole" secondo la disaggregazione che si è proposta) che persegua interessi meritevoli di tutela e conformi a quello sociale ma che, nel *singolo* caso concreto, ove attuato, porterebbe a risultati confliggenti con gli scopi sociali. In questo caso, come pure si è già accennato, potrebbe ipotizzarsi una disapplicazione del patto che quindi resterebbe valido e in vigore tra i paciscenti.

Interessante, in questa prospettiva, la soluzione suggerita da una parte della dottrina brasiliana. Si è visto che, nel particolare sistema che scaturisce dalla disciplina legale degli accordi tra soci nelle *sociedades anônimas*, parte della dottrina ritenga che gli *acordos de acionistas* rappresentino uno strumento per realizzare l'interesse sociale e che, in virtù di ciò, l'amministratore sia tenuto ad attuarli ma sia parimenti tenuto a *disapplicarli*, tutte le volte in cui circostanze specifiche rendano necessaria l'inibizione degli effetti del patto. Anche nell'esperienza brasiliana, quindi, si ravvisa quel

concetto di *ineficácia* che rimanda, almeno sul piano dei presupposti applicativi e delle conseguenze, a quello nostrano di disapplicazione e che si distingue dalla *nullidade* ⁶⁸.

In considerazione di quanto osservato in ordine alla valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti, appare evidente che lo strumento della disapplicazione costituisce, per queste ipotesi di sindacato di gestione, che sono poi la maggioranza, il punto di snodo della comparazione tra l'assetto di interessi perseguito dal patto e gli interessi rilevanti per l'ordinamento giuridico ⁶⁹. Da questa impostazione il principio di esclusività della funzione gestoria e la funzione di controllo, di "filtro", svolta dall'organo amministrativo risulta confermata e rafforzata. Si spiegano così anche quelle posizioni che, perfino rispetto alle ipotesi di patto che si sono definite "forti" (partecipazione diretta dell'amministratore), ritengono di ribadire che non vi è mai sottrazione della funzione gestoria al suo legittimo titolare (l'organo complessivamente inteso) ma che, in assenza di un'efficacia reale dei patti, spetta in ogni caso agli amministratori valutare la conformità delle istruzioni ricevute e decidere se darvi attuazione ⁷⁰.

⁶⁸ Come si è visto, la *ineficácia* si configura quando, in determinate circostanze, l'esecuzione degli obblighi derivanti dal patto condurrebbe a un pregiudizio dell'interesse sociale per cui, venute meno tali circostanze, il patto riacquista la propria efficacia; la *nullidade* si configura quando il patto in sé e non le sue conseguenze determina una situazione di illiceità. Cfr. A. DE M. WALD, *Acordos de acionistas*, cit., 87 ss. Peraltro, questa stessa dottrina osserva che raramente la nullità derivante dalla illiceità dell'accordo in sé è accertabile in astratto e che è soltanto al momento dell'esecuzione dell'accordo che è possibile verificarne la portata. Così, mentre l'*ineficácia* è temporanea, la *nullidade* è definitiva ma entrambe presuppongono un accertamento in concreto («*em momento posterior ao da celebração do acordo*», p. 89).

⁶⁹ Nell'opinione di P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, cit., 434, la disapplicazione sarebbe la soluzione che meglio si adatta alla circostanza in cui un patto, astrattamente meritevole e lecito, realizza in concreto un assetto di interessi che non si giustifica, perché, pur senza dovere necessariamente confliggere con norme di ordine pubblico o precetti di carattere imperativo, realizza in concreto un assetto di interessi recessivo rispetto alla «sintesi degli interessi rilevanti nel sistema».

⁷⁰ In ordine all'opportunità di percorrere eventualmente anche altri itinerari argomentativi, accomunati tutti dalla valorizzazione delle manifestazioni esecutive del patto parasociale e dalla constatazione che il rimedio dell'invalidità potrebbe rivelarsi il meno adeguato a garantire una tutela piena degli interessi coinvolti, si veda P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali. Per una riflessione*, cit., 639 ss., che tra gli altri strumenti utili per negare valore ad un patto parasociale che, al momento della sua attuazione, confligga con regole fondamentali del diritto azionario, richiama le regole sull'interpretazione del contratto e la risoluzione per inadempimento.

La prima soluzione implicherebbe che, data un'interpretazione del patto secondo la quale questo non può mai indurre gli amministratori a violare i propri doveri e a non perseguire l'interesse sociale, la direttiva che inducesse gli amministratori a violare il dovere di diligenza si porrebbe al di fuori del patto e sarebbe, perciò, inefficace. Dovendosi escludere che, a fronte di direttive contrarie all'interpretazione del patto, possa esperirsi l'azione per inadempimento e potendo, anzi, il convenuto in giudizio legittimamente invocare l'impossibilità ad adempiere ex articolo 1218 c.c. per causa non imputabile o per inesigibilità della prestazione. (Si noti che anche la dottrina brasiliana osserva che, in presenza di patto nullo o inefficace, secondo la distinzione sopra richiamata, l'azionista non potrà attivare nessuna delle prerogative contrattuali derivanti dall'accordo. Cfr. A. DE M. WALD, *Acordos de acionistas*, cit., 89).

Un secondo strumento potrebbe essere, sempre secondo P. M. SANFILIPPO (*op. ult. cit.*), la risoluzione per inadempimento, nel caso in cui, rispetto ad un patto originariamente compatibile con l'interesse sociale, costituiscano "inadempimento" le decisioni contrarie a tale interesse.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, a cura di M. CERA - G. PRESTI, AGE, 2007.

AA. VV., *Boyle & Birds' Company Law*⁹, Jordan Publishing Ltd., Bristol, 2014.

AA. VV., *Comparative Company Law. A Case - Based Approach*, a cura di M. SIEMS - D. CABRELLI, Hart Publishing, Oxford, 2013.

ABBADESSA P., *Il direttore generale*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 4, Utet, Torino, 1991, 463 ss.

ABBADESSA P., *L'assemblea: Competenza*, in *Trattato Colombo - Portale*, 3*, Utet, Torino, 1994, 1 ss.

ABBADESSA P., *L'Assemblea nella s.p.a.: competenze e procedimento nella legge di riforma*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di M. RESCIGNO - A. SCIARRONE ALIBRANDI, Giuffrè, Milano, 2004, 43 ss.

ABBADESSA P., *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Utet, Torino, 2010, 3 ss.

ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975.

ABBADESSA P., *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca borsa*, 1999, V, 545 ss.

ABBADESSA P., MIRONE A., *Le competenze dell'assemblea nella spa*, in *Riv. Soc.*, 2010, II - III, 269 ss.

ABRIANI N., *Articolo 2380 bis. Amministrazione della società*, in *Il nuovo diritto societario*, artt. 2325 - 2409 c.c., a cura di G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI, Zanichelli, Bologna, 2004, 669 ss.

ABRIANI N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998

AGHION P., TIROLE J., *Formal and Real Authority in Organizations*, in *Journal of Political Economy*, 1997, vol. 105, 1 ss.

ALLEN W.T., KRAAKMAN R.H., SUBRAMANIAN G., *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*³, Astin - Boston - Chicago - New York - The Netherlands, 2009.

ALVISI C., *Il contratto di gestione alberghiera*, in *Dir. tur.*, 2008, 225 ss.

ANDENAS M., *Shareholders' Agreements: some EU and English Law Perspectives*, in *Tzukuba L. J.*, 2007, 135 ss.

ANDENAS M., WOOLDRIDGE F., *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2009.

ANGELICI C., *Interventi giurisprudenziali sui rapporti tra assemblea e amministrazione nella s.p.a.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 223 ss.

ANGELICI C., *La società per azioni e gli "altri". Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, Giuffrè, Milano, 2010, 45 ss.

ANGELICI C., *Le società per azioni. Principi e problemi*, I, in *Tratt. Cicu - Messineo*, Giuffrè, Milano, 2012.

ANGELICI C., *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 377 ss.

ARAGÃO P. C., *Disciplina do Acordo de Acionistas*, in *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controversas da Lei nº10.303, de 31.10.2001*, diretto da J. LOBO, Forense, Rio de Janeiro, 2002.

ASCARELLI T., *In tema di sindacati azionari*, in *Banca borsa*, 1958, II, 550 ss.

ASCARELLI T., *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; amministratore sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, 405 ss.

BAINBRIDGE M. S., *Director Primacy and Shareholder Disempowerment*, in 119 *Harv. L. Rev.* (2006), 1735 ss.

BAINBRIDGE S.M., *The new corporate governance in theory and practice*, New York, 2008, 45.

BARACHINI F., *La nuova disciplina dell'amministrazione e dei controlli delle s.p.a.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di D. CERRI, Plus, Pisa, 2004, 167 ss.

BARACHINI F., *L'appropriazione delle corporate opportunities come fattispecie di infedeltà degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, 2, Utet, Torino, 2007, 603 ss.

BAUMANN H., REIß W., *Satzungsergänzende Vereinbarungen - Nebenverträge im Gesellschaftsrecht. Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Untersuchung*, in *ZGR*, 1989, vol. 18, II, 157 ss.

BAUMS T., SCOTT K. E., *Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany*, in *Am. J. Comp. Law*, vol. 53, No. 1, 2005, 31 ss.

BEBCHUCK L., *The case for Increasing Shareholders' Power*, in 118 *Harv. L. Rev.* (2005), 833 ss.

BENEDETTI L., *Le anomalie nel rapporto tra il controlling creditor e le imprese finanziarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 494 ss.

BERNARDINI P., *Clausole sull'organizzazione dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 85 ss.

BESSONE M., *Lesione del credito, l'induzione a non adempiere, la tutela aquiliana dei diritti personali di godimento negli orientamenti di una giurisprudenza evoluta*, in *Riv. not.*, 1982, 11 ss.

BIANCA C. M., *Diritto civile. 3 Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984.

BIANCA M., *Oggetto sociale e clausole generali nella disciplina delle società di capitali*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. MERUZZI - G. TANTINI, in *Tratt. dir. comm. dir. pubb. econ.*, diretto da F. GALGANO, vol. LXII, 2011, Cedam, Padova, 73 ss.

BOCATER M. I., LAUDO DE CAMARGO J., *Conselheiros Laranja*, in *www.econ.puc-rio.br*, 2002.

BOCHICCHIO F., *Gestione di impresa ed interessi nelle società per azioni ordinarie e in quelle speciali*, in *Contr. impr.*, 1994, I, 259 ss.

BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985.

BONELLI F., *La prima sentenza della Cassazione civile sull'amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 1985, II, 182 ss.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. Colombo - Portale*, 4, Utet, Torino, 1991, 323 ss.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *135 Quad. giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 1992.

BONELLI F., *Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364, n. 4, c.c.)*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, 10.

BONELLI F., *Sintesi dei risultati del convegno*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER (a cura di), 471 ss.

BORTOLUZZI A., *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Utet, Torino, 2004.

BRADLEY M., ROBERTS M. R., *The Structure and Pricing of Corporate Debt Covenants*, in *www.ssrn.com*, 2004

BRATTON W. W., *Bond Covenant and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process*, in *www.ssrn.com*, 2006.

BRATTON W.W., WACHTER M.L., *The case against shareholder empowerment*, in *Univ. Penn. Law. Rev.*, 158 (2010).

BRIZZI F., *Compromettibilità in arbitri dell'impugnativa di bilancio e abuso di maggioranza: nuovi spunti di riflessione*, in AA. Vv., *Le società nel processo*.

Spiegazioni di diritto societario e processuale attraverso la giurisprudenza, a cura di C. CONSOLO - G. GUIZZI - I. PAGNI, Utet, Torino, 2012, 119 ss.

BRUNO F., ROZZI A., *Patto parasociale occulto e non patto in società quotata: il caso (vittorioso) della Carige nella scalata Unipol a BNL*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 445 ss.

BULGARELLI W., *Problemas de Direito Empresarial Moderno. São Paulo*, in *Revista don Tribunais*, 1989, 210 ss.

BULHÕES PEDREIRA J. L., *Acordo de Acionistas Sobre Controle de Grupos de Sociedades. Validade da estipulação de que os membros do Conselho de Administração de controladas devem votar em bloco segundo orientação definida pelo grupo controlador*, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 2002, 15, 226 ss.

BULHÕES PEDREIRA J. L., *Sistema Jurídico da Companhia. Contratos Parassociais*, in *Direito das Companhias*, diretto da A. LAMY FILHO - J. L. BULHÕES PEDREIRA, vol. I, Editoria forense, Rio de Janeiro, 2009, 174 ss.

BULLOCH S. N., *Shareholder Agreement in Closely Held Corporations: is Sterilization an Issue?*, in *59 Temp. L. Q.* 61, 1986, 61 ss.

BUONOCORE V., *Commento a un patto parasociale*, in *Giur. comm.*, 1975, I, 437 ss.

BÜRIGERS T., ISRAEL A., § 76, in *Bürgers/Korber Komm. z. AktG* ³, C.F. Müller, Heidelberg, 2014.

BÜRIGERS T., ISRAEL A., § 93, in *Bürgers/Korber Komm. z. AktG* ³, C.F. Müller, Heidelberg, 2014.

BUSI C. A., *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. economia*, diretto da E. PICOZZA - E. GABRIELLI, IV, Cedam, Padova, 2008.

BUTTARO L., *Sui patti parasociali e sull'evoluzione dell'arbitrato*, in *Atti del convegno "L'arbitrato, i patti parasociali: prospettive per il notariato"*, Bari, 20 - 21 ottobre 1989, 111 ss.

CABRAS G., *La forma di impresa. Organizzazione della gestione nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 1995.

CAGNASSO O., *Gestione attribuita ai soci delle società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 454 ss.

CAGNASSO O., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, V, t. 1, diretto da G. COTTINO, Cedam, Padova, 2007.

CAGNASSO O., *Profili della disciplina degli amministratori di s.r.l.*, in AA. VV., *Saggi sui grandi temi della corporate governance*, a cura di C. TEDESCHI, Giuffrè, Milano, 2013, 69 ss.

- CALANDRA BUONAURA V., *Funzione e interesse sociale*, in AA. VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. Atti del convegno in ricordo di Pier Giusto Jaeger* (Milano, 9 ottobre 2009), Giuffrè, Milano, 2010.
- CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985.
- CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 535 ss.
- CALANDRA BUONAURA V., *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Tratt. Colombo - Portale*, 4, Utet, Torino, 1991, 107 ss.
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società* ⁵, Utet, Torino, 2002.
- CARBONE G., *Alcuni limiti presunti e non delle convenzioni di voto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 843 ss.
- CARIELLO V., *"Controllo congiunto" e accordi parasociali*, Giuffrè, Milano, 1997.
- CARVALHOSA M., *Acordo de acionistas* ², Saraiva, São Paulo, 2015.
- CARVALHOSA M., *sub art. 118*, in *Comentario à lei de sociedades anônimas* ⁶, vol. 2, Saraiva, São Paulo, 2015, 724 ss.
- CASTRIOTA SCANDERBEG M. C., *sub Art. 2341-bis*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'ALESSANDRO, vol. II, t. I, *Commento agli articoli 2325 - 2379-ter del Codice Civile*, Piccin, Padova, 2010, 123 ss.
- CECCHI P., *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CHAVA S., ROBERTS M. R., *How does financing impact investment? The role of debt covenants*, in *www.ssrn.com*, 2008.
- CHEMLA G., HABIB M., LJUNGQVIST A., *An Analysis of Shareholders' Agreements*, in *J. Eur. Ec. Ass.*, vol. 5, No. 1, 2007, 93 ss.
- CHIONNA V. V., *La pubblicità dei patti parasociali*, Giuffrè, Milano, 2008.
- CHIONNA V. V., *Patto parasociale stipulato tra i soci di una s.r.l. e opponibilità alla società*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 15 ss.
- CODAZZI E., *La giurisprudenza sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 236 ss.
- CODAZZI E., *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività". Profili in tema di responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012.
- CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2012.

COSSU M., *I patti parasociali*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. FARINA - C. IBBA - G. RACUGNO - A. SERRA, Giuffrè, Milano, 2004, 51 ss.

COSSU M., *Società aperte e interesse sociale*, Giappichelli, Torino, 2006.

COSTI R., *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 200 ss.

COTTINO G., *Ancora dei sindacati di voto: qualche variazione sul tema*, in *Giur. it.*, 1998, XII, 2336 ss.

COTTINO G., *Le convenzioni di voto nella società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1958.

DABORMIDA R., *Sindacati di voto e nullità*, in *Foro it.*, 1991, I, 639 ss.

D'ALESSANDRO F., *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea ed amministratori nella riforma societaria*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, 724 ss.

D'ALESSANDRO F., "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario?, in *Riv. soc.*, 2003, 34 ss.

DAVIES P., HOPT K. J., VAN SOLINGE G., *Boards in Law and Practice: A Cross-Country Ananlysis in Europe*, in P. DAVIES - K. J. HOPT - R. NOWAK - G. VAN SOLINGE, *Corporate Boards in Law and practice. A Comparative Analysis in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 3 ss.

DAVIES P., *Corporate Boards in the United Kingdom*, in P. DAVIES - K. J. HOPT - R. NOWAK - G. VAN SOLINGE, *Corporate Boards in Law and practice. A Comparative Analysis in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 713 ss.

DAVIES P. L., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* ⁸, Sweet & Maxwell, London, 2008.

DAVIES P. L., HOPT K. J., *Corporate Boards in Europe. Accountability and convergence*, in *AmJCompL*, 2013, vol. 61, 301 ss.

DAVIES P., HOPT K. J., NOWAK R., VAN SOLINGE G., *Corporate Boards in Law and practice. A Comparative Analysis in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

DE NICOLA A., *Amministrazione della società*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, Egea, Milano, 2005, 79 ss.

DENOZZA F., *Quattro variazioni sul tema: "contratto, impresa e società" nel pensiero di Carlo Angelici*, in *Giur. comm.*, 2013, III, 480 ss.

DIATHESOPOULOS M., *Comparative Study of Management Contracts Regulation in U.S.A., Uk and German Legal Systems*, in *www.ssrn.com*, 2007.

DIATHESOPOULOS M., *General Content of Management Contracts*, in *www.ssrn.com*, 2010.

- DIATHESOPOULOS M., *Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms*, in *www.ssrn.com*, 2010.
- DI MAJO A., *sub art. 1175*, in *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173 - 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna - Roma, 1988.
- DI MARTINO P., *La responsabilità del terzo "complice" nell'inadempimento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1356 ss.
- DOLMETTA A., *Sul "tipo" S.r.l.*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. A. DOLMETTA - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2011, 15 ss.
- DOMINELLI C., *Consob. Patti parasociali in calo nelle società quotate*, in *Sole24ore*, 16 dicembre 2014, n. 345.
- DONATIVI V., *sub art. 2341-bis*, in *Comm. Niccolini - Stagno d'Alcontres*, I, artt. 2325 - 2379 ter, Jovene, Napoli, 2004, 155 ss.
- DORALT P., DORALT W., *Haftung und Schadensersatz*, in *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, K. v. SCHENCK, C.H. Beck, Monaco, 2013, 811 ss.
- DRINHAUSEN F., § 119, in *Hölters Komm. z. Aktiengesetz* ², C. H. Beck, München, 2014.
- EHRICKE U., *Schuldvertragliche Nebenabreden zu GmbH-Gesellschaftsverträgen*, Rechts und Wirtschaft, Heidelberg, 2004.
- EIZIRIK N., *Acordo de acionistas - Arquivamento na sede social - Vinculação dos administradores de sociedade controlada*, in *Rivista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro*, 129, 2003, 45 ss.
- EIZIRIK N., *Temas de direito societário*, Renova, Rio de Janeiro, 2005.
- ENRIQUES L., A. POMELLI, *sub art. 2391. Interessi degli amministratori*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, t. 1, artt. 2325 - 2396, Cedam, Padova, 2005, 758 ss.
- FARENGA L., *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 1987.
- FERRAN E., *The Decision of the House of Lords in Russel v. Northern Bank Development Corporation Limited*, in *Cambridge L. J.*, 1994, n. 53, 343 ss.
- FERRARI S., voce *Gestione d'affari altrui (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, 643 ss.
- FERRI G., *L'interesse sociale*, in G. FERRI, *Scritti giuridici*, III, t. 1, ESI, Napoli, 1990, 213 ss.).
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale* ¹⁴, a cura di C. ANGELICI - G. B. FERRI, Utet, Torino, 2015.
- FERRI G., *Scritti giuridici*, III, I, 1990, 552 ss.

FERRI G., *Validità dei sindacati azionari di amministrazione*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1949, 13 ss.

FIORIO P., *sub artt. 2341 bis - 2341 ter*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI, *, artt. 2325 - 2409 c.c., Zanichelli, Bologna, 2004, 132 ss.

FLEISCHER H., *Der Zusammenschluss von Unternehmen im Aktienrecht*, in *ZHR*, 2008, 172, 538 ss.

FLEISCHER H., *Handbuch des Vorstandsrechts*, C. H. Beck, Monaco, 2006.

FLEISCHER H., *Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht: von "Holzmüller" zu "Gelatine"*, in *NJW*, 2004, 2335 ss.

FLEISCHER H., *Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht*, in *Festschr. f. Schwark*, S.GRUNDMANN-C.KIRCHNER-T.RAISER-H-P.SCHWINTOWSKI-M.WEBER-C.WINDBICHLER, C. H. Beck, Monaco, 2009, 137 ss.

FLEISCHER H., § 76, in *Spindler/Stilz Komm. z. AktG* ², C. H. Beck, Monaco, 2010.

FLEISCHER H., § 84, in *Spindler/Stilz Komm. Z. AktG* ², C. H. Beck, Monaco, 2010.

FLEISCHER H., § 93, in *Spindler/Stiltz Komm. z. Aktiengesetz* ³, C. H. Beck, München, 2015.

FOIS C., *Sindacati di voto e corporate governance: un problema tra ordinamento e sistema della società per azioni*, in AA. VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, 235 ss.

FONTANA C., *I patti parasociali*, in A. BORTOLUZZI, *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Utet, Torino, 2004, 707 ss.

FRANCO G., *A Nova Lei das S.A. e o Conselheiro Laranja*, in *www.econ.puc-rio.br*, 2001.

FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, I, 83 ss.

FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le Società. Trattato* diretto da F. GALGANO, Utet, Torino, 2002.

FRANZONI M., *Società per azioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli - Soc. Ed. Foro it., Bologna - Roma, 2008.

FRÈ G., *sub art. 2372*, in *Società per azioni, Artt. 2325-2461, Comm. del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna, Roma, 1982, 360 ss.

GALGANO F., *La società per azioni* ², in *Tratt. diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, VII, Padova, 1988, 136 ss.

GALGANO F., *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO - R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, t. I, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, XXIX, Cedam, Padova, 2004, 86 ss.

GAMBINO A., *Un revirement della Cassazione in materia di sindacati di voto? Tutela delle minoranze e ragioni dell'impresa nei sindacati di voto*, in *Giur. comm.*, 1997, II, 58 ss.

GAMBINO A., *La responsabilità dell'impresa e della gestione*, in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa. Convegno per i Trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Bologna, 8 - 9 ottobre 2004, 2006, 69 ss.

GHIONNI P., *Patti parasociali, sindacati di voto a maggioranza per teste e forme di tutela*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 235 ss.

GIORGI V., *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Giappichelli, Torino, 2005.

GLYNN T., *Beyond "Unlimiting" Shareholder Liability: Vicarious Tort Liability for Corporate Officers*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, No. 2, 2004, 329 ss.

GORGA E., GELMAN M., *O esvaziamento crescente do Conselho de Administração como efeito da vinculação de seu voto a acordos de acionistas no Brasil*, in *www.ibgc.org.br*, 2012.

GROß-BÖLTING C., *Gesellschaftervereinbarungen in der Aktiengesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

GUARNERI A., *Le clausole generali*, in *Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, 2, a cura di G. ALPA - A. GUARNERI - P. G. MONATERI - G. PASCUZZI - R. SACCO, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino, 1999, 129 ss.

GUERRERA F., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004.

GUIZZI G., *Problemi in tema di gestione delle società di capitali: quale responsabilità per gli amministratori di fatto?*, in *Dir. e giur.*, 2001, 19 ss.

GUIZZI G., *sub art. 2380 bis*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Della società - Della azienda - Della concorrenza*, artt. 2379 - 2451, a cura di D. U. SANTOSUOSSO, Utet, Torino, 2015, 71 ss.

GUIZZI G., *sub art. 2391*, in *Commentario Niccolini - Stagno d'Alcontres*, II, artt. 2380 - 2448, Jovene, Napoli, 2004, 652 ss.

HABERSACK M., *Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macroton und Gelatine*, in *AG*, 2005, 142 ss.

HACHENBURG M., in *Das Handelsgesetzbuch* 3, A. DURINGER - M. HACHENBURG, III.1, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1934, 119, Anm. 95.

- HOFFMANN-BECKING M., *Der Einfluß schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft*, in ZGR, 1994, vol. 23, III, 452 ss.
- HOFFMANN J., § 119, in *Spindler/Stiltz Komm. z. Aktiengesetz* ³, C. H. Beck, München, 2015.
- HÖLTERS W., § 93, in *Hölters Komm. z. Aktiengesetz* ², C. H. Beck, München, 2014.
- HOMMELHOFF P., TIMM W., *Zur Zulässigkeit von Beiräten bei Aktiengesellschaften*, in AG, 1976, 329 ss.
- HOPT K. J., *Modernizing the board of directors*, in *Liber amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, diretto da M. ANDENAS - S. DIAZ ALABART - B. SIR MARKESINIS - H. MICKLITZ - N. PASQUINI, British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2007, 532 ss.
- HOPT K. J., *Takeover defenses in Europe: a comparative, theoretical and policy analysis*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2014, vol. 20, 249 ss.
- HOPT K. J., *Two-tier Board: Experience, Theories, Reforms*, in *Comparative corporate Governance. The State of the Art and Emerging Research*, K. J. HOPT - H. KANDA - M. J. ROE - E. WYMEERSCH - S. PRIGGE, Oxford University Press, 1998, 227 ss.
- HOPT K. J., ROTH M., § 93, in *GroßKomm. z. AktG* ⁵, De Gruyter, Berlino, 2015.
- HOPT K. J., ROTH M., § 95, in *Großkomm. z. AktG*, De Gruyter, Berlino, 2015.
- HÜFFER U., *Der Vorstand als Leitungsorgan und die Mandatssowie Haftungsbeziehungen seiner Mitglieder*, in *Aktienrecht im Wandel*, W. BAYE - M. HABERSACK, Mohr Siebeck, Tubinga, II, 2007, 334 ss.
- IMMENGA U., *Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats*, in ZGR 1977, VI, 249 ss.
- IRACE A., *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. SANTORO, Giappichelli, Torino, 2003, 181 ss.
- IRRERA M., *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in AA. VV., *Saggi sui grandi temi della corporate governance*, a cura di C. TEDESCHI, Giuffrè, Milano, 2013, 37 ss.
- IRTI N., *I patti di consultazione*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI-P.G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 75 ss.
- JAEGER P.G., DENOZZA F., *Appunti di diritto commerciale. I Impresa e società*, Giuffrè, Milano, 1994.
- JAEGER P. G., *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 202 ss.

JAEGER P. G., *Introduzione al problema della validità dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 3 ss.

JAEGER P. G., *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1969.

JAEGER P. G., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 795 ss.

JOUSSEN E., *Gesellchafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 1995.

KASTNER W., *Syndikatsverträge in der österreichischen Praxis*, in *ÖZW*, 1980, 1 ss.

KINZL U. P., *Deutschland*, in S. LAIMER, C. PERATHONER, *Gesellchafterliche Nebenvereinbarungen in Europa*, Selp, München, 2013, 71 ss.

KOCH J., § 23, in *Hüffer Komm. z. AktG*¹⁰, C. H. Beck, Monaco, 2012.

KOCH J., § 76, in *Hüffer Komm. z. AktG*¹¹, C. H. Beck, Monaco, 2014.

KOCH J., § 84, in *Hüffer Komm. z. AktG*¹¹, C. H. Beck, Monaco, 2014.

KOCH J., § 93, in *Hüffer Komm. z. Aktiengesetz*¹¹, C. H. Beck, München, 2014.

KOCH J., § 111, in *Hüffer Kommentar z. Aktiengesetz*¹¹, C.H. Beck, München, 2014.

KOCH J., § 119, in *Hüffer Komm. z. Aktiengesetz*¹¹, C. H. Beck, München, 2014.

KÖNIG U., *Business Combination Agreement in der Rechtsprechung im Fall W.E.T.*, in *NZG*, 2013, XII, 452 ss.

KORT M., *Vorbemerkungen vor § 76*, in *Großkomm. z. AktG*⁵, De Gruyter, Berlino, 2015.

KORT M., § 76, *Großkomm. z. AktG*⁵, De Gruyter, Berlino, 2015.

KRIEGER G., SAILER-COCEANI V., § 93, in *Schmidt/Lutter AktG Komm.*², OVS, Köln, 2010.

KRÜGER S., *Pooling Agreement under English Company Law*, in *LQR* 94, 1978, 557 ss.

KUBIS D., § 119, in *Münchener Komm. z. Aktiengesetz*³, C. H. Beck, München, 2013.

KUSTERMANN F., *Considerazioni critiche sui patti parasociali come previsti nella legge delega n. 366 del 2001*, in *Società*, 2002, 169 ss.

LAIMER S., PERATHONER C., *Gesellchafterrechtliche Nebenvereinbarungen in Europa*, Selp, München, 2013.

LENER R., *Appunti sui patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, I, 45 ss.

LEONGRANDE G., *Artt. 2341 bis e 2341 ter*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Cedam, Padova, 2005, 92 ss.

LIBERTINI M., *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dell' "istituzionalismo debole"*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1 ss.

LIBERTINI M., *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, 4, Utet, Torino, 2007, 461 ss.

LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Utet, Torino, 2011, 471 ss.

LIBERTINI M., *Limiti di validità dei patti parasociali*, in *www.ssrn.com*, 2013.

LIBERTINI M., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 198 ss.

LIBONATI B., *Il governo del consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 2013, 473 ss.

LIBONATI B., *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER., Giuffrè, Milano, 1993, 11 ss.

LIBONATI B., *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 587 ss.

LIBONATI B., *Responsabilità nel e del gruppo. Responsabilità della capogruppo, degli amministratori e delle varie società*, in *Scritti giuridici*, 2013, I, 771 ss.

LIBONATI B., *Riflessioni critiche sui sindacati di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 513 ss.

LIBONATI B., *Sindacato di voto e gestione d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 97 ss.

LIBONATI B., *Sistema del gruppo, controllo di legalità e di merito*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2013, I, 811 ss.

LIMMER P., § 23, in *Spindler/Stilz Komm. z. Aktiengesetz*³, C. H. Beck, München, 2015.

LOFFREDO E., *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. e la collocazione del tipo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 653 ss.

MACRÌ C., *Interessi degli amministratori*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. SCOGNAMIGLIO, Giuffrè, Milano, 2003, 135 ss.

- MACRÌ E., *L'efficacia dei patti parasociali*, in *Banca borsa*, 2006, I, 236 ss.
- MACRÌ E., *Patti parasociali e attività sociale*, Giappichelli, Torino, 2007.
- MAFFEIS D., *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata. (Alcune) prime osservazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, III, 517 ss.
- MAFFEIS D., *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2002.
- MANGANO R., *Il potere di informazione e di ispezione del socio di s.r.l. Spunti per un'analisi economica del diritto*, relazione al Terzo Convegno Nazionale organizzato da "Orizzonti del Diritto Commerciale" sul tema "La protezione dei soggetti deboli tra Equità ed Efficienza", Roma 10 - 11 febbraio 2012, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.
- MARANO P., *sub art. 2463. Costituzione. I patti parasociali*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. A. DOLMETTA - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2011, 126 ss.
- MARCHETTI P., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1229 ss.
- MAUGERI M., *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. Soc.*, 2013, II-III, 336 ss.
- MAUGERI M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 66 ss.
- MAUGERI M., *Partecipazione sociale e attività di impresa*, in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010.
- MELI V., *La disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *AGE*, 2003, I, 155 ss.
- MELI V., *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, IV, Utet, Torino, 2007, 667 ss.
- MENDELSON N. A., *A control-based approach to shareholder liability for corporate torts*, in *Col. Law Rev.*, vol. 102, 2002, 1203 ss.
- MEOLI B., SICA S., *I patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 590 ss.
- MERKT H., *Germany. Internal and external corporate governance*, in *Comparative corporate governance. A functional and International analysis*, A. FLECKNER - K. J. HOPT, Cambridge University Press, New York, 2013, 521 ss.
- MERTENS H. J., CAHN A., § 76, in *Kölner Komm. z. AktG*³, Heymanns, Kölln, 2010.

- MERTENS H. J., CAHN A., § 84, in *Kölner Komm. z. AktG*, Heymanns, Köln, 2010.
- MERTENS H. J., CAHN A., § 93, in *Kölner Komm. z. AktG*³, Heymanns, Köln, 2010.
- MESTRE J., VELARDOCCHIO D., *Lamy Sociétés commerciale*, Wolters Kluwer France, 2011, 4225 ss.
- MINERVINI G., *Gli amministratori delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956.
- MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, 2, Utet, Torino, 2007, 579 ss.
- MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, I, 42 ss.
- MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *RDS*, 2007, II-III, 317 ss.
- MONTALENTI P., *I gruppi piramidali tra libertà di iniziativa economica e asimmetrie del mercato*, in *Riv. soc.*, 2008, 318 ss.
- MONTALENTI P., *I management contracts*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Trattato*, diretto da F. GALGANO, t. I, Utet, Torino, 1995, 3 ss.
- MONTALENTI P., *Interesse sociale e amministratori*, in AA. VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. Atti del convegno in ricordo di Pier Giusto Jaeger (Milano, 9 ottobre 2009)*, Giuffrè, Milano, 2010.
- MONTALENTI P., *La direttiva azionisti e l'informazione preassembleare*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 685.
- MONTALENTI P., *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, 4, II, Padova, 2004, 137 ss.
- MOSCA C., *È giusta causa di revoca l'adesione di un amministratore ad un patto di gestione: una recente pronuncia della Cassazione*, in *Riv. soc.*, 2013, 1071 ss.
- MORANDI P., *sub artt. 2341-bis e 2341-ter. Patti parasociali*, in *Commentario delle società*, a cura di G. GRIPPO, t. I, artt. 2247 - 2435 bis, Utet, Torino, 2009, 279 ss.
- MOZZARELLI M., *Business covenants e governo della società finanziata*, in *Sistema finanziario e diritto dell'impresa*, collana diretta da F. ANELLI - A. A. DOLMETTA - G. B. PORTALE - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2013.
- MUTH G., FITZGERALD S., *Shareholders' Agreements*⁶, Sweet & Maxwell, London, 2012.
- NOACK U., *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Mohr, Tübingen, 1994.
- OPPO G., *Contratti parasociali*, Vallardi, Milano, 1942.

- OPPO G., *I patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 228.
- OPPO G., *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Cedam, Padova, 1992, 517 ss.
- OPPO G., *Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 57 ss.
- OTTO H-J., *Obligatorische Bindungsverträge zwischen Aktionär und AG-Vorstand über die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten und Organkompetenzen*, in *NZG*, 2013, 930 ss.
- PALMIERI A., *In tema di sindacati di voto (c.d. azionari)*, in *Dir. gius.*, 1957, 121 ss.
- PASCHOS N., *Die Zulässigkeit von Vereinbarungen über künftige Leitungsmaßnahmen des Vorstand*, in *NZG*, 2012, 1142 ss.
- PAVONE LA ROSA A., *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, *Giur. Comm.*, 2004, I, 1 ss.
- PENNINGTON R. R., *Company Law*⁸, Butterworths, Edimburgo, 2001.
- PENTZ A., § 23, in *Münchener Komm. z. AktG*³, C. H. Beck, Monaco, 2008.
- PERRINO M., *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, 3, Utet, Torino, 2007, 557 ss.
- PERRINO M., *Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 639 ss.
- PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2002, V, 1118 ss.
- PERRINO M., *La "rilevanza del socio" nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, VI, 810 ss.
- PERRINO M., *sub artt. 2341-bis e 2341-ter*, destinato al *Commentario della s.p.a.*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, Giuffrè, Milano.
- PICCININI G., *Atti gestori dannosi: i "mobili confini" della responsabilità del socio*, in *Società*, 2005, 450 ss.
- PINTO V., *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 439 ss.
- PORTALE G. B., DACCÒ A., *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della controllata*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 463 ss.
- PORTALE G. B., *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, II - III, 325 ss.

PORTALE G. B., *Il modello dualistico di amministrazione e controllo. Profili storico-comparatistici*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 39 ss.

PORTALE G. B., *Patti parasociali con «efficacia corporativa» nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2015, I, 1 ss.

PORTALE G.B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, 2, Utet, Torino, 2006, 3 ss.

PRATELLI M. M., *Problemi in tema di sindacati di gestione*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 112.

PRESTI G., *Società cooperative*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, Egea, Milano, 2007.

PYE A., *Boards and Governance*, in AA. VV., *The Oxford Handbook of Corporate Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 135 ss.

RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, in *Enc. Giur.*, XI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989.

REECE THOMAS K., RYAN C. L., *The law and practice of Shareholders' Agreements 3*, LexisNexis, London, 2009.

REGER G., § 119, in *Bürgers/Korber Komm. z. AktG 3*, C.F. Müller, Heidelberg, 2014.

RESCIGNO P., *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I - II, 1 ss.

RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 331 ss.

RESCIO G. A., *Gli strumenti di controllo: i patti di sindacato*, in *RDS*, 2008, I, 53 ss.

RESCIO G.A., *I patti parasociali nei rapporti contrattuali dei soci*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G. B. PORTALE, 1, Torino, 2006, 447 ss.

RESCIO G.A., *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.*, 1991, 596 ss.

RESCIO G. A., *Le convenzioni di voto*, in *Tratt. Colombo - Portale*, 3*, Utet, Torino, 1994, 485 ss.

RESCIO G. A., SPERANZIN M., *sub artt. 2341 bis e 2341 ter*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Della società - Della azienda - Della concorrenza*, artt. 2379 - 2451, a cura di D. U. SANTOSUOSSO, Utet, Torino, 2015, 725 ss.

RIVOLTA G. C. M., *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, Utet, Torino, 2007, 517 ss.

- RORDORF R., *I sindacati di voto*, in *Società*, 2003, 19 ss.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970.
- RÖHRICHT V., § 23, in *GroßKomm. z. AktG* 4, De Gruyter, Berlino, 2004.
- RONDINONE N., *Società (gruppi di)*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. comm. Aggiornamento*, *****, Utet, Torino, 2009, 591 ss.
- ROSA A., *Patti parasociali e gestione delle banche*, Giuffrè, Milano, 2010.
- ROSSI G., *Le c.d. regole di "corporate governance" sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 2001, 6 ss.
- ROSSI G., *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Giuffrè, Milano, 1967.
- ROSSI S., *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1060 ss.
- ROSSI S., *I «management agreements»*, in *I contratti per l'impresa. Banca, mercati, società*, a cura di G. GITTI - M. MAUGERI - M. NOTARI, II, il Mulino, Bologna, 2013, 437 ss.
- ROTH M., *Corporate Boards in Germany*, in P. DAVIES - K. J. HOPT - R. NOWAK - G. VAN SOLINGE, *Corporate Boards in Law and Practice. A comparative Analysis in Europe*, Oxford University Press, 2013, 253 ss.
- RUBINO DE RITIS M., *Atti di sostegno finanziario dell'accomandante per attività di impresa di società in accomandita semplice*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Giappichelli, Torino, 2010, 63 ss.
- SACCHI R., *Conflitto di interessi - La disciplina*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. A. DOLMETTA - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2011, 618 ss.
- SACCHI R., *La partecipazione di soci ai processi decisionali delle società di capitali*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 183.
- SACCO R., voce *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Agg. *****, Utet, Torino, 2010, 781 ss.
- SALANITRO N., *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, 47 ss.
- SALANITRO N., *Il regime dei sindacati azionari*, in *Riv. soc.*, 1988, 743 ss.
- SALLES DE TOLEDO P. F. C., *Modificações Introduzidas na Lei das Sociedades Por Ações, Quanto à Disciplina da Administração das Companhias*, in *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas* 2, diretto da JORGE, LOBO, Rio de Janeiro, 2002, 423 ss.

SANDULLI M., *La riforma delle società*, in *Commentario A. e V. Santoro*, sub 2325 - 2422 c.c., Giappichelli, Torino, 2003.

SANFILIPPO P. M., *Gli amministratori*, in AA. VV., *Diritto Commerciale*, a cura di M. CIAN, II, Giappichelli, Torino, 2014, 423 ss.

SANFILIPPO P. M., *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 159 ss.

SANFILIPPO P. M., *I patti parasociali*, in *I contratti per l'impresa. Banca, mercati, società*, a cura di G. GITTI - M. MAUGERI - M. NOTARI, II, il Mulino, Bologna, 2012, 417 ss.

SANFILIPPO P. M., *I patti parasociali per una riflessione sulle tecniche di controllo*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. DI CATALDO - V. MELI - R. PENNISI, t. I, *Impresa e società*, Giuffrè, Milano, 2015, 607 ss.

SANFILIPPO P. M., *Riforma delle società e interpreti in controtendenza: il caso della delega amministrativa "obbligatoria"*, in *Banca borsa*, 2007, I, 329 ss.

SANNA V., *Patto parasociale a vantaggio della società e contratto a favore del terzo*, in corso di pubblicazione su *Banca borsa*.

SBISÀ G., *Dei patti parasociali*, Art. 2341 bis, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, a cura di F. GALGANO, art. 2325 - 2341 ter, I, Zanichelli, Bologna - Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 2006, 198 ss.

SBISÀ G., *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, in *Contr. impr.*, 1995, 69 ss.

SBISÀ G., *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori*, in *Contr. Imp.*, 1996, 447 ss.

SCARPA D., *Parasocialità come mezzo di controllo esterno della società*, in *Contr. impr.*, 2011, VI, 1528 ss.

SCHLESINGER, *I poteri extra-assembleari dell'azionista di controllo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1996, 445 ss.

SCHLESINGER P., *Oggetto delle clausole dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 99 ss.

SCHWAB M., § 243, in K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz Komm.* 2, , II. Bd., Köln, 2010.

SCIUTO M., SPADA P., *Il tipo società per azioni*, in *Tratt. Colombo - Portale*, 1*, Utet, Torino, 2004, 1 ss.

SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi*, Giappichelli, Torino, 1996.

SCOGNAMIGLIO G., *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno Milano, 9 ottobre 2009*, in *Quad. giur. comm.*, 115 ss.

SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 757 ss.

SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. SCOGNAMIGLIO, Giuffrè, Milano, 2003, 189 ss.

SEIBT C. H., § 23, in *Schmidt/Lutter AktG Komm.* ², OVS, Köln, 2010.

SEIBT C. H., § 76, in *Schmidt/Lutter AktG Komm.* ², OVS, Köln, 2010.

SEMINO G., *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Giuffrè, Milano, 2003.

SEMINO G., *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale?*, in *Società*, 2004, 1265 ss.

SILVEIRA LOBO C. A., *Acordo de acionistas*, in *Direito das Companhias*, diretto da A. LAMY FILHO - J. L. BULHÕES PEDREIRA, vol. I, GEN, Editoria forense, Rio de Janeiro, 2009, 441 ss.

SOLVEEN D., § 23, in *Hölters Komm. z. AktG* ², C. H. Beck, Monaco, 2014.

SPADA P., *C'era una volta la società*, in *Riv. not.*, 2004, 1 ss.

SPINDLER G., § 76, in *Münchener Komm. z. AktG* ⁴, C. H. Beck, München, 2014.

SPINDLER G., § 84, in *Münchener Komm. z. AktG* ⁴, C. H. Beck, Monaco, 2014.

SPINDLER G., § 93, in *Münchener Komm. z. Aktiengesetz* ⁴, C. H. Beck, München, 2014.

SPINDLER G., § 119, in *Schmidt/ Lutter Komm. z. AktG* ², Dr. Otto Schmidt, Kölln, 2010.

SPIOTTA M., *Commento all'art. 2392*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI, * artt. 2325 - 2409 c.c., Zanichelli, Bologna, 761 ss.

STELLA RICHTER jr. M., *«Trasferimento del controllo» e rapporto tra soci*, Giuffrè, Milano, 1996.

STRINE L. O. JR., *Toward a True Corporate Republic: a Traditional Response to Bebchuck's Solution for Improving Corporate America*, in 119 *Harv. L. Rev.* (2006), 1759 ss.

STOUT L. A., *Bad and Not-So-Bad Arguments for Shareholder Primacy*, in *www.ssrn.com*, 2005.

- STOUT L.A., *New thinking on “shareholder primacy”*, in *www.ssrn.com*, 2011.
- TEUBNER G., *Corporate Fiduciary Duties and their Beneficiaries. A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility*, in *Corporate Governance and Directors’ Liabilities*, a cura di K. J. HOPT - G. TEUBNER, Berlino - New York, 1985, 149 ss.
- TINA A., *L’esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2008.
- TOFFOLETTO A., *Patti parasociali e società quotate*, in AA. VV., *Governo dell’impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, 269 ss.
- TOMBARI U., *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 631 ss.
- TOMBARI U., *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, VII, 1164 ss.
- TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, Milano, 2010.
- TOMBARI U., *La responsabilità dei soci*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. A. DOLMETTA - G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2011, 717 ss.
- TOMBARI U., *Poteri e doveri dell’organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata. (Appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, 122 ss.
- TORINO R., *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 2000.
- TRIMARCHI P., *Strumenti per assicurare l’adempimento dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI - P. G. JAEGER, 113 ss.
- TUCCI A., *Gestione dell’impresa sociale e «supervisione» degli azionisti. L’esperienza italiana a confronto con la disciplina delle public companies nordamericane*, Giuffrè, Milano, 2003.
- TUCCI A., *Il ruolo dei soci e i patti parasociali*, in *AGE*, 2007, II, 445 ss.
- TUCCI A., *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Cacucci, Bari, 2005.
- UBERTAZZI L. C., *Sindacati azionari e attività di impresa*, in *Dir. della banca e del merc. fin.*, 1987, 211 ss.
- VASSALLI F., *I sindacati di gestione, intervento al convegno “Patti parasociali - disciplina e predisposizione delle clausole anche alla luce della riforma del diritto societario”*, Milano, 12 novembre 2002.

VASSALLI F., *I sindacati di gestione*, in *Impresa e società, Studi dedicati a Federico Martorano*, a cura di A. BASSI - U. BELVISO - E. BOCCHINI - D. BUONOMO - F. DI SABATO - G. LAURINI - M. SANDULLI, ESI, Napoli, 2006, 1183 ss.

VASSALLI F., *sub Art. 2380-bis*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'ALESSANDRO, vol. II, t. II, *Commento agli articoli 2380 - 2451 del Codice Civile*, Piccin, Padova, 2011, 13 ss.

VASSALLI F., *sub art. 2392 Responsabilità verso la società*, in *Società di capitali. Comm. Niccolini - Stagno d'Alcontres*, II, artt. 2380 - 2448, Jovene, Napoli, 2004, 676 ss.

VENTORUZZO M., *Osservazioni in tema di accordi tra società e amministratori per il conferimento di posizione come amministratore delegato*, in *Banca borsa*, 2012, IV, 551 ss.

VENTORUZZO M., *Sindacati di voto a "tempo indeterminato" e diritto di recesso dei paciscenti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2006, IV, 573 ss.

VENTORUZZO M., *sub art. 2391. Interessi degli amministratori*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L. A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, artt. 2380 - 2396, Giuffrè, Milano, 2005, 423 ss.

VENTORUZZO M., *Why shareholders' agreements Are Not Used in U. S. Listed Corporations: A Conundrum in Search of an Explanation*, in *www.ssrn.com*, 2013.

VIGO R., *I "particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società" e gli equilibri dei soci di s.r.l.*, relazione al Terzo Convegno Nazionale organizzato da "Orizzonti del Diritto Commerciale" sul tema "La protezione dei soggetti deboli tra Equità ed Efficienza", Roma 10 - 11 febbraio 2012, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*.

VISENTINI B., *I sindacati di voto: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 1988, 1 ss.

VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale* ⁵, Vallardi, Milano, 1922.

VOORMANN V., *Der Beirat im Gesellschaftsrecht* ², Heymanns, Köln, 1990.

ZANARDO A., *Il criterio della diligenza nell'esercizio dell'attività di amministrazione di s.p.a.: considerazioni generali e "declinazioni" applicative* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, *Le clausele generali nel diritto societario*, a cura di G. MERUZZI - G. TANTINI, vol. LXII, Cedam, Padova, 2011, 205 ss.

ZANARDO A., *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 498 ss.

ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, t. 1 (artt. 2462 - 2476) e t. 2 (artt. 2475 - 2483), in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2010.

ZANARONE G., *Le altre società di capitali*, in Aa. Vv., *Diritto commerciale*, 2007, 307 ss.

ZICCARDI F., *L'induzione all'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1975.

WALD A. DE M., *Acordos de acionistas e interesses sociais*, in A. WALD - R. GARCIA DA FONSECA, *A empresa no terceiro milênio. Aspectos jurídicos*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005, 79 ss.

WEBER M., § 76, in *Hölter's Komm. z. AktG*², C. H. Beck, Monaco, 2014.

WESTERMANN H. P., *Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen der Kapitalgesellschaft*, C.F. Müller Juristischer, Heidelberg, 1994.

WOLF R. C., *The Law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses*, Wolters Kluwer, 2014.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA CITATA

- Cass. 25 gennaio 1965, in *Gius. civ.*, 1965, I, 1452 ss.
- Cass., 10 aprile 1965, in *Mass. Giust. civ.*, 1965, n. 525
- Cass., 5 luglio 1958, in *Banca Borsa*, 1958, I, 550 ss.
- Cass., 27 marzo 1985, n. 2155, in *Dir. fall.*, 1985, I, 748.
- Cass., 12 gennaio 1984, n. 234, in *Giur. comm.*, II, 1985, 182 ss. con nota di BONELLI.
- Cass., 25 maggio 1984, n. 3228, in *www.dejure.it*.
- Cass., 11 novembre 1992, n. 12118, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1643 ss.
- Cass., 1 marzo 1993, n. 2493, in *Contratti*, 1993, 415.
- Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giur. comm.*, 1997, II, 50 ss. e in *Corr. Giur.*, 1996, 1193 ss.
- Cass. 19 agosto 1996, n. 7614, in *Giur. comm.*, 1997, II, 485 ss.
- Cass. 22 ottobre 1996, n. 9191, in *Giur. comm.*, 1997, II, 240 ss.
- Cass., 5 settembre 1997, n. 8614, in *Studium Juris*, 1998, 190 ss.
- Cass., 3 luglio 1998, n. 6519, in *Foro it.*, 1998, I, 3209 ss.
- Cass., 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giur. comm.*, 2000, II, 167 ss.
- Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. comm.*, 2000, II, 167 ss.
- Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, in *www.dejure.it*.
- Cass. 23 novembre 2001, n. 14865, in *www.dejure.it*.
- Cass., 19 dicembre 2003, n. 19472, in *www.dejure.it*.
- Cass., 18 luglio 2007, n. 15963, in *www.dejure.it*.
- Cass., 5 marzo, 2008, n. 5963, in *www.dejure.it*.
- Cass., 22 marzo 2010, n. 6898, in *www.dejure.it*
- Cass., 28 febbraio 2012, n. 3003, in *www.dejure.it*.
- Cass., 24 maggio 2012, n. 8221, in *Foro it*, 2013, I, 266 ss. con nota di DELL'ORFANO e in *Riv. dir. comm.*, 2013, 223 ss.
- Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *www.dejure.it*.
- Cass., 7 maggio 2014, n. 9846, in *www.dejure.it*.

App. Milano, 25 giugno 1989, in *Giur. mer.*, 1990, I, 248.

App. Roma, 24 gennaio 1991 (Caso Mondadori), in numerose riviste tra cui: *Foro it.*, 1991, I, 1861, con nota di CASO; *Giur. it.*, vol. CXLIII, 1991, I, sez. II, 241 ss.; *Società*, 1991, V, 625 ss., con nota di DABORMIDA; *Dir. fall.* 1991, II, 32 con nota di RAGUSA MAGGIORE; *Giur. comm.*, 1991, II, 448; *Nuova giur. civ.*, 1991, I, 803 con nota di CARBONE; *Giur. cost. civ.*, I, 1861 ss., con nota di F. CASO.

App. Milano, 24 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1998, 2336 ss. con nota di G. COTTINO.

App. Milano, 15 dicembre 2000, in *Giur. It.*, 2001, 2113.

Trib. Udine, 7 luglio 1989, in *Società*, 1989, 1317 ss. con nota di V. SALAFIA.

Trib. Milano, 12 settembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, 827 ss.

Trib. Bologna, 12 dicembre 1995, in *Società*, 1996, 907.

Trib. Roma, 20 dicembre 1996 (ord.), in *Giur. comm.*, 1997, 119 ss.

Trib. Torino, 28 aprile 1998, in *Società*, 1999, 326 ss.

Trib. Milano, 2 luglio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 562 ss.

Trib. Genova, 8 luglio 2004, in *Società*, 2004, 1265 ss.

Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, 78 ss.

Trib. Milano, 20 gennaio 2009 (ord.), in *Società*, 2009, 1129 ss.

Trib. Milano, 9 luglio 2009, in *www.dejure.it*.

Trib. Modena, 2 dicembre 2010 (ord.) e 3 dicembre 2010 (ord.), in *Società*, 2011, VII, 840 ss. con nota di TORINO.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA STRANIERA CITATA

GERMANIA

BGH, 12 marzo 1959, II ZR 180/57 (München), in *NJW*, 1959, 1082 s.

BGH, 29 maggio 1967 - II ZR 105/66, in *NJW*, 1967, 1963 ss.

BGH, 25 febbraio 1982, in *NJW*, 1982, 1703 ss. (*Holz Müller*).

BGH, 20 gennaio 1983, II ZR 243/81 (*Nürnberg*), in *NJW*, 1983, 1910 s.

BGH, 27 ottobre 1986, 240/85 (*Frankfurt*), in *NJW*, 1987, 1890 s.

BGH, 25 novembre 2002, in *NZG*, 2003, 280 ss. (*Macroton*).

BGH, 16 aprile 2004 [ZR 154/02] e 26 aprile 2004 [II ZR 155/02 (*OLG Karlsruhe*)], in *NZG*, 2004, 571 ss. (*Gelatine*) e in *Riv. dir. soc.*, 2007, I, 81 ss., con nota di M. MAUGERI.

BGH, 24 novembre 2008, II ZR 116/08, in *NJW*, 2009, 669 ss.

BGH, 21 settembre 2009, II ZR 250/07, in *NZG*, 2010, 62 ss.

BGH, 15 marzo 2010, II ZR 4/9 (*OLG Brandenburg*), in *NJW*, 2010, 3718 ss.

OLG München, 14 novembre 2012, (*W.E.T./Amerigon*), in *NZG*, 2013, 459 ss.

LG Köln, 13 luglio 1976, in *AG*, 1976, 329 s.

REGNO UNITO

Bergeron v. Riquet et Page et al [1958] QB 222 (Can).

Boultin v. Association Of Cinematograph, Television and Allied Technicians [1936] 2 QB 606

Buzzle Operations Pty Ltd (In Liquidation) v. Apple Computer Australia Pty Ltd [2010], NSWSC 233 ss.

Cane v. Jones [1980] 1 WLR 1451 ss.

Clark v. Dodge 269 NY 410, 199 NE 641 (1936).

Clark v. Workman [1920] IR 107 ss.

Dawson International plc. v. Coats Paton plc., 14 febbraio 1989, in *BCLC*, 1990, 560

Fulham Football Club Ltd v. Cabra Estate plc [1992] BCC 863 (CA).

Fuhlman Club Ltd v. Cabra Estates Ltd [1994] 1 BCLC 363 ss.

John Crowther Group plc v. Carpets International plc, 3 ottobre 1985, in *BCLC*, 1990, 460

Kregor v. Hollins [1913] 109 LT 225 ss.

Kuwait Asia Bank EC v. National Mutual Nominees Ltd. [1990] BCLC, 868 (PC).

McQuade v. Stoneham 263 NY 323, 328, 189 NE 236.

Mothenwell v. Schof [1949] 4 DLR 812 ss.

Rackham v. Peek Foods Ltd., 17 febbraio 1977, in *BCLC*, 1990, 895.

Re Hydrodan (Corby) Ltd., [1994] 2 BCLC 180 ss.

Re Neath Rugby Ltd [2008] 1 BCLC 527 ss.

Re Neath Rugby Ltd. (no 2) [2009] EWCA Civ 261 ss.

Ringuet v. Bergeron [1960] S.C.R. 672 ss.

Runciman v. Walter Runciman [1992] 3 All ER 161 ss.

Russel v. Northern Bank [1992] 3 All ER, 161 ss.

Scott v. Scott [1943] 1 All ER 582

Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. v. Meyer [1959] AC 324 (HL (Sc))

Shaw & Sons (Salford) Ltd v Shaw [1935] 2 K.B. 113, CA, 134 ss.