



**LIBERA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI SOCIALI
“GUIDO CARLI”**

Dipartimento di Impresa e Management

Corso di Laurea in Economia e Management

**TESI DI LAUREA
in
Diritto Commerciale**

**L'ABUSO DEL DIRITTO NELLA
DISCIPLINA SOCIETARIA**

**Relatore:
Ch.mo Prof.
Leonardo Di Brina**

**Candidato:
Antonio Lombardi
Matricola: 283521**

Anno Accademico 2024/2025

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLA DISCIPLINA SOCIETARIA

Introduzione.....	IV
--------------------------	-----------

CAPITOLO I

La nozione di abuso del diritto

1. La nozione di abuso del diritto.....	1
2. L'abuso del diritto nel diritto commerciale.....	12
3. L'abuso del diritto nelle società: fondamenti normativi.....	15
4. L'interesse sociale rilevante.....	19

CAPITOLO II

L'abuso della maggioranza

1. Inquadramento della fattispecie.....	23
2. Ipotesi di abuso.....	25
3. Scioglimento anticipato della società.....	27
4. Mancata distribuzione degli utili.....	33
5. Aumento di capitale e conseguente diluizione della partecipazione per i soci di minoranza.....	36
6. Conseguenze dell'abuso: invalidità della deliberazione e risarcimento del danno.....	38

CAPITOLO III

L'abuso della minoranza

1. Inquadramento della fattispecie.....	42
2. Ipotesi di abuso.....	43
3. Richiesta strumentale di convocazione dell'assemblea.....	43
4. L'abbandono dell'assemblea.....	47
5. Abuso di minoranza di blocco.....	48
6. Copertura di perdite superiori al capitale sociale.....	52
7. Impugnativa pretestuosa della delibera di approvazione del bilancio di esercizio....	55

8. Conseguenze dell'abuso.....	56
Conclusioni.....	58
Bibliografia.....	59

Introduzione

Il presente lavoro mira ad individuare le principali ipotesi di abuso del diritto in ambito societario, ricostruendo gli interessi coinvolti e le possibili tutele.

Lo studio della figura dell'abuso del diritto presuppone necessariamente l'analisi della posizione soggettiva di vantaggio per eccellenza, quella del diritto soggettivo, sollecitando riflessioni su vari aspetti: se questo possa trovare dei limiti, quale sia il suo perimetro e soprattutto se sia sindacabile l'esercizio di tale diritto, assoluto o relativo che esso sia.

Fondamentale è, inoltre, individuare i criteri in base ai quali possa essere attuato un giudizio circa il corretto esercizio di un diritto da parte di chi ne è titolare. Proprio perché l'abuso del diritto, nel nostro ordinamento, rappresenta un limite alla medesima posizione attiva soggettiva, ne derivano una serie di interrogativi e conseguenti dibattiti in dottrina e giurisprudenza al fine di individuare il miglior equilibrio tra le esigenze e gli interessi contrapposti e il punto di caduta oltre il quale si verifica il paradosso: le modalità con cui viene esercitato il diritto e le relative modalità fanno venir meno il diritto stesso, fanno sì che il diritto diventi abuso.

Il limite opera quando il titolare, nel rispetto formale della legge, esercita le facoltà e i poteri attribuiti, non per conseguire l'interesse previsto e riconosciuto dall'ordinamento, ma per realizzare scopi ulteriori. Il divieto di abuso rappresenta l'acme della parabola del percorso di maturazione del diritto civile lungo il corso della storia moderna, che ha ispirato prima il codice francese e poi quello italiano.

Il tema offre molti spunti di indagine dal momento che, il divieto di cui trattasi, nel nostro ordinamento non è espressamente previsto, ma può desumersi dal principio costituzionale della solidarietà, di cui all'art. 2 della Costituzione, dal divieto di atti emulativi previsto dall'art. 833 c.c. e dall'obbligo di correttezza e buona fede imposti nell'ambito dei diritti di credito negli artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.

Negli anni '70 la dottrina e la giurisprudenza, attingendo allo spirito della Costituzione, hanno affermato che il principio generale del divieto di abuso del diritto è un principio immanente del nostro ordinamento.

Per definirne l'ampiezza è utile fare riferimento a due importanti pronunce della Cassazione, nelle quali la Suprema Corte ne definisce più dettagliatamente la portata e il significato.

Con sentenza n.3775 del 20 aprile 1994 la Corte di Cassazione si è pronunciata sul caso Fiuggi e successivamente con la sentenza n.20106 del 18 settembre 2009, è nuovamente ritornata sull'argomento in occasione del cosiddetto caso Renault: le due sentenze individuano nella correttezza e nella buona fede i cardini imprescindibili per la valutazione della condotta dei contraenti e per la configurazione dell'abuso del diritto: «l'ordinamento giuridico, pur accordando al privato

l'autonomia e la tutela degli atti posti in essere per il perseguimento di interessi meritevoli, disconosce validità all'esercizio di poteri, diritti ed interessi in violazione del principio di buona fede oggettiva»¹. Il tema, di centrale importanza, è stato anche oggetto di riflessione da parte di molti filosofi ed economisti, impegnati nel tentativo di coniugare strategie produttive e fondamenti etici, per consentire e favorire una evoluzione costante che rendesse sempre più aderente l'attività di impresa e di commercio alle dinamiche sociali.

Intorno alla possibilità di configurare l'abuso del diritto in ambito societario, con particolare riguardo alle società per azioni, diviene preliminare definire in che cosa consiste l'interesse sociale e in che cosa esso differisce dall'interesse dei soci.

È, quindi, necessario esaminare le due teorie che si sono sviluppate nel tempo.

La teoria istituzionalista definisce l'interesse sociale come un interesse superiore della società, non corrispondente solo all'interesse comune dei soci; da tale teoria deriva che il socio in assemblea deve esercitare il proprio voto in modo funzionale alla realizzazione dell'interesse sociale, da ritenersi interesse superiore rispetto all'interesse del socio stesso.

Nel periodo storico del secondo dopoguerra si impongono nuove prospettive economiche, viene introdotta la teoria contrattualistica secondo la quale l'interesse sociale è l'interesse comune dei soci all'esercizio di un'attività economica a scopo di lucro.

Nell'approfondimento del tema principale, diventa determinante anche cogliere le differenze tra le ipotesi di abuso del diritto e quelle che, invece, generano conflitto di interessi. Quanto sopra anche in considerazione del fatto che l'abuso della maggioranza è una clausola generale e non è stato reso oggetto di una specifica disposizione; mentre il conflitto di interessi è previsto dal legislatore all'art. 2373 c.c.

Lo sviluppo del lavoro dimostra che il nodo al centro del dibattito dottrinale e il punto di partenza nelle valutazioni giurisprudenziali riguarda la seguente questione: se sia possibile colmare il vuoto normativo ipotizzando un'applicazione analogica della sanzione di annullabilità, prevista dall'art. 2373 c.c., ai casi di abuso di maggioranza.

Per una più completa disamina del concetto di abuso in ambito societario, non è possibile prescindere da due importanti pronunce della Corte di Cassazione.

In particolare, con la sentenza n. 11151 del 26 ottobre 1995, in riferimento al giudizio riguardante alcune delibere assembleari, la Corte precisa che l'art.1375 c.c. («il contratto deve essere eseguito secondo buona fede») è specificazione del principio generale di solidarietà, che riguarda tutte le relazioni giuridiche; quindi, gli atti societari rientrano nell'esecuzione del contratto.

¹ Sentenza Corte di Cassazione n.20106 del 18 settembre 2009

Il divieto di abuso del diritto permea la disciplina societaria proprio perché il singolo atto societario deve essere posto in essere con buona fede e correttezza.

Sullo stesso argomento la Corte si pronuncia ancora il 12 dicembre 2005 con la sentenza n.27387, giungendo a specificare due possibili circostanze nelle quali si configura l'abuso della regola di maggioranza, che diventano causa di annullamento delle deliberazioni assembleari.

Un'ipotesi si verifica quando la delibera non trova alcuna giustificazione nell'interesse della società, in quanto il voto risulta ispirato al perseguimento, da parte dei soci di maggioranza, di un interesse personale antitetico a quello sociale; l'altra ipotesi ricorre quando la delibera rappresenta il risultato di un'intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretto a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza.

Per comprendere pienamente la figura oggetto di trattazione, risulta estremamente opportuno e utile esaminare le ipotesi di abuso di maggioranza che si verificano con maggiore frequenza e le relative conseguenze: scioglimento anticipato della società, mancata distribuzione degli utili e aumento di capitale con relativa diluizione della partecipazione per i soci di minoranza.

Di grandissimo interesse risulta, poi, lo studio dei casi di abuso del diritto ad opera della minoranza. I casi che nella pratica si verificano e sfociano in un contenzioso dimostrano come anche il socio di minoranza che in teoria è il soggetto che subisce e deve adeguarsi alle decisioni altrui, in realtà, ha gli strumenti e la possibilità di ostacolare, intralciare e addirittura paralizzare l'attività societaria.

Si tratta di un meccanismo che la dottrina spesso definisce genericamente "ostruzionismo": esso si annida e sviluppa più agevolmente ove si verifichi la dispersione del capitale sociale in una miriade di azionisti, generando ostacoli alla formazione espressa della volontà sociale. La richiesta strumentale di convocazione, l'abbandono dell'assemblea, la copertura di perdite superiori al capitale sociale e l'impugnativa pretestuosa della delibera di approvazione del bilancio di esercizio sono le ipotesi più importanti in cui la minoranza usa le proprie prerogative, riconosciute dal legislatore allo scopo di intralciare o svolgimento dell'attività sociale.

Capitolo I

La nozione di abuso del diritto

Sommario: 1. La nozione di abuso del diritto - 2. L'abuso del diritto nel diritto commerciale - 3. L'abuso del diritto nelle società: fondamenti normativi - 4. L'interesse sociale rilevante.

1. Gli ordinamenti moderni hanno sposato un'idea di diritto soggettivo che compendia, oltre a facoltà e doveri, anche limiti e obblighi². È stata così accantonata la prospettiva di un esercizio libero e incondizionato del diritto che poneva al centro esclusivamente la volontà del soggetto titolare e i suoi interessi, «evitando il sacrificio degli interessi altrui al di là di quanto sia strettamente necessario alla soddisfazione dell'interesse proprio ritenuto meritevole di tutela»³.

Per abuso del diritto deve intendersi un uso distorto dello stesso da parte del titolare «per finalità diverse da quelle previste dall'ordinamento»⁴, il titolare può esercitare il suo diritto solo in maniera conforme allo scopo «in vista del cui perseguimento l'interesse del soggetto sia stato valutato come meritevole di tutela»⁵.

Autorevole dottrina individua nel concetto di divieto di abuso del diritto il nucleo e il riflesso dell'evoluzione del diritto nel corso della storia⁶. Esso, infatti, rappresenta l'effetto conseguente e correlato alla considerazione che il diritto soggettivo è un'attribuzione di potere riconosciuta al soggetto per realizzare i suoi interessi, per tale dovendosi intendere una «sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà»⁷.

L'esercizio corretto del diritto soggettivo, anche nel caso in cui provocasse «la frustrazione e la lesione degli interessi di altri soggetti», non postula il risarcimento di tali pregiudizi, poiché *qui iure suo utitur neminem laedit*⁸.

² F. BOCCHINI - E. QUADRI, *Diritto Privato*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 134.

³ *Ibidem*.

⁴ Cass., sez. I, 23 novembre 2020, n. 26568.

⁵ F. BOCCHINI - E. QUADRI, *Diritto Privato*, cit., p. 134.

⁶ M. ROTONDI, *L'abuso di diritto. Aemulatio*, Cedam, 1979.

⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 57.

⁸ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto privato*, Giuffrè, 2015, p. 75.

L'abuso⁹ del diritto si configura invece quando il titolare esercita le facoltà e i poteri ad esso connessi non per conseguire l'interesse previsto e riconosciuto dall'ordinamento, ma per realizzare scopi ulteriori, che eccedono l'ambito tutelato dall'ordinamento¹⁰.

Si discute se il divieto di abusare del proprio diritto rappresenti una clausola generale o se debba invece applicarsi solo nei casi regolamentati¹¹.

Infatti, tale divieto nel nostro ordinamento non è espressamente previsto, ma può desumersi dal principio costituzionale della solidarietà (previsto dall'art. 2 della Costituzione), dal divieto di atti emulativi di cui all'art. 833 c.c. e dai principi di correttezza e buona fede richiamati nei rapporti afferenti ai diritti di credito negli artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.¹².

Ciononostante è, in ogni caso, importante precisare che, a voler ritenere il divieto di abuso del diritto come discendente dagli artt. 1175 e 1375 c.c., si finirebbe per ridurre, in maniera forse arbitraria, l'ambito di applicazione dello stesso. I citati articoli, infatti, fanno esclusivo riferimento ai rapporti di credito in cui sono pertanto individuabili un debitore e un creditore. Non bisogna trascurare, a tal proposito, il peso che la dottrina ancora oggi dominante¹³ attribuisce alla distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi, con conseguenze rilevanti soprattutto sulla disciplina del rapporto e sulle modalità di esercizio, e quindi sul possibile abuso, dello stesso. La posizione passiva che si contrappone ad un diritto relativo si sostanzia nell'obbligo di una persona specifica, determinata o determinabile¹⁴, di eseguire una prestazione. Per i diritti assoluti, invece, si ritiene che la situazione passiva corrispondente consista in «un generico dovere di non ingerenza da parte dei consociati»¹⁵.

⁹ *Abuso* lat. *Abusus* da *abuti* usare in male, *comp. della partic.* ab, da, indicante allontanamento, eccesso (v.ab) o *UTI usare* (v. *Uso*). Ciò che succede nell'uso; Mal uso. Da Dizionario Etimologico online.

¹⁰ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto privato*, Giuffrè, 2015, p. 75.

¹¹ *Ibidem*.

¹² A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto privato*, Giuffrè, 2015, p. 75.

Sul punto si veda anche Cass., sez. I, 23 novembre 2020, n. 26568: «È quasi superfluo ricordare come la figura dell'abuso del diritto [...] trovi il proprio fondamento costituzionale nel dovere di solidarietà posto dall'art. 2 Cost. e riflessi positivi sia in campo contrattuale (si vedano i principi di correttezza e buona fede che permeano la fase delle trattative precontrattuali ex art. 1337 c.c., così come l'interpretazione e l'esecuzione del contratto ex artt. 1366 e 1375 c.c.) sia in campo processuale (si vedano i doveri di lealtà e probità imposti alle parti e ai loro difensori dall'art. 88 c.p.c.)».

¹³ Si veda per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto Civile, vol. 4, L'obbligazione*, Giuffrè, 2019, pp. 29-30: «Il diritto di credito s'inquadra nella categoria dei diritti soggettivi, e particolarmente nella categoria dei diritti relativi. In generale il diritto soggettivo è una posizione di vantaggio del soggetto direttamente tutelata dall'ordinamento. Una delle principali distinzioni in tema di diritti soggettivi è quella tra diritti assoluti e diritti relativi. Diritti assoluti sono quelli che sono tutelati in via principale mediante una pretesa nei confronti della generalità dei consociati. Tali diritti possono essere fatti valere nei confronti di chiunque leda o minacci di ledere l'interesse, protetto (diritti esercitabili erga omnes). [...] Diritti relativi sono invece i diritti tutelati in via principale mediante obblighi specifici, ossia mediante obblighi a carico di determinati soggetti».

¹⁴ *Ivi*, p. 51 ss.

¹⁵ *Ivi*, p. 30. L'autore aggiunge, inoltre, che: «I diritti assoluti possono tuttavia avere ad oggetto anche una pretesa di contenuto positivo nei confronti della generalità dei consociati. In tal caso chiunque dei consociati si trovi a contatto col soggetto portatore dell'interesse tutelato deve attivarsi per il soddisfacimento di esso. Si pensi, ad es., al diritto di

La disposizione che, quindi, sembra meglio racchiudere l'essenza stessa dell'istituto del diritto sembra essere l'art. 833 c.c. il quale, pur facendo riferimento alla proprietà, diritto soggettivo assoluto per eccellenza, ferma l'attenzione su una caratteristica fondamentale ai fini dell'indagine che si sta conducendo in questo lavoro. Al centro della norma, infatti, non si trova il rapporto tra soggetto attivo e passivo del diritto soggettivo, ma l'esclusiva condotta del soggetto attivo il quale compia atti al solo scopo di «di nuocere o recare molestia ad altri»¹⁶. La portata innovativa della previsione legislativa, la quale limita il diritto tradizionalmente ritenuto sovrano che, secondo i Romani si estendeva *usque ad coelum usque ad inferos* e dava al titolare il completo potere *utendi et abutendi rem*, si ricollega anche ad un'altra previsione costituzionale, quella dell'art. 42. La Carta fondamentale, infatti, nel riconoscere¹⁷ il diritto di proprietà, demanda alla Legge la previsione di limiti all'esercizio della stessa, perché venga assicurata una sua funzione sociale.

L'art. 833 c.c., infatti, vietando gli atti di emulazione, stabilisce che il proprietario non può commettere atti caratterizzati da inutilità, improduttivi di alcun vantaggio per sé, destinati esclusivamente allo scopo di nuocere o arrecare molestia ad altri (elemento oggettivo) e realizzati con *animus nocendi* (elemento soggettivo)¹⁸. La disposizione traccia, quindi, i confini di una nozione di abuso del diritto che sembrerebbe poter trovare generale applicazione in quanto caratterizzata essenzialmente da due elementi: *animus nocendi* e un uso anormale del diritto¹⁹. In realtà, a ben vedere, lo stesso richiamo ad un uso distorto del diritto implica un inevitabile riferimento alla struttura e alla natura stessa di questo e non può prescindere dal concreto finalismo di quella posizione soggettiva. Per questo motivo, ogni caso pratico deve quindi necessariamente far riferimento ed essere valutata secondo un criterio dell'uso ordinario del diritto stesso²⁰.

L'orientamento non è, in ogni caso, pacificamente accolto. Secondo alcuni, infatti, «pur in difetto di una consacrazione normativa in una disposizione generale, deve ritenersi che la congerie di

soccorso riconosciuto a chi si trovi in pericolo di vita (593 c.p.) o al diritto all'altrui correttezza nello svolgimento di trattative contrattuali».

¹⁶ Così come recita testualmente l'art.833 c.c.

¹⁷ Art. 42 Cost, com. 2: «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti». Si noti la non casuale scelta terminologica adottata dai Costituenti: a riprova della tradizionale primazia del diritto di proprietà, infatti, viene sancito che quest'ultimo è «riconosciuto e garantito» dalla Legge ammettendo quindi una sua presistenza giuridica rispetto alla Costituzione stessa, la quale quindi non fonda il diritto, ma si limita a riconoscerlo e tutelarlo, pur ponendo però dei limiti. Per comprendere il significato della previsione, si noti che lo stesso atteggiamento è proposto nei confronti dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2, che per l'appunto preesistono alla carta fondamentale (era quella infatti l'epoca d'oro del Giusnaturalismo che sfocerà nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del '48), e dall'art. 29 che riconosce la famiglia come società «naturale».

¹⁸ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè, 2020, p. 6.

¹⁹ D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del Dir.*, Milano, Giuffrè, agg. II, 1998, p. 4.

²⁰ *Ibidem*.

disposizioni sopra richiamate siano espressione di un principio più generale che vieta l'esercizio di un diritto in contrasto con lo scopo per il quale esso è riconosciuto»²¹.

Laddove il legislatore nulla ha disposto, sembrerebbe dunque incauto, per gran parte della dottrina, rimettere la valutazione caso per caso alla discrezione del giudice incaricato, in quanto potrebbe rivelarsi un meccanismo pericoloso, in grado di compromettere la certezza del diritto. Tuttavia, altri interpreti ne ammettono un più ampio impiego, invocando la necessità di aderire al principio di solidarietà, correttezza e buona fede²².

Per cogliere pienamente tutte le particolarità del concetto di abuso del diritto e la portata del relativo divieto e del relativo ambito di applicazione è utile una breve sintesi della sua genesi, da individuare storicamente nella reazione alle teorie formalistiche del diritto e al dogma della completezza degli ordinamenti giuridici²³.

Proprio in prospettiva storica, risalendo al diritto romano, tale problematica infatti non emergeva; all'epoca vigeva il principio generale espresso dal giurista Paolo²⁴, secondo il quale nessuno poteva essere considerato responsabile per i danni arrecati a terzi, se avesse agito nell'esercizio di un proprio diritto: *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*.

L'ampiezza della portata del diritto di godimento non era misurata attraverso un perimetro che ne definisse confini e limiti e nemmeno erano previste clausole generali che si occupassero di bilanciare eventuali interessi contrapposti.

Quindi, in linea di principio, il pretore non doveva compiere preliminarmente un'approfondita *causae cognitio*²⁵, una valutazione nel merito per verificare la legittimità della richiesta, ma solo della sussistenza degli estremi materiali per la concessione del mezzo di tutela. Sarebbe, dunque, stato onere dell'intimato contestarne la fondatezza.

È infatti da considerare che nel diritto romano, che non prevedeva clausole generali, gli strumenti correttivi erano attribuiti al pretore, titolare dello *ius honorarium*²⁶.

Molto più tardi, il *formalismo* trarrà origine dalla Rivoluzione francese. In quel contesto, infatti, emerge l'esigenza di abolire le consuetudini del potere feudale, la divisione in classi e stati, di porre

²¹ F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, Barletta, 2018, pp. 168-169.

²² A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto privato*, Giuffrè, 2015, p. 75.

²³ F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, Barletta, 2018, p. 164.

²⁴ D. 50, 17.151.

²⁵ M. FIORENTINI, *Diritto romano e ambiente, corso di diritto romano*, p. 121.

²⁶ F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, Barletta, 2018, p. 164.

rimedio alla dispersiva pluralità delle fonti normative e di ricondurre il diritto alla legge statale, di ristrutturare la società sul principio della libertà delle persone e del liberismo economico ²⁷.

Fino ad allora la materia giuridica era disciplinata dal diritto comune di derivazione medioevale, risalente al diritto romano del *corpus iuris civilis* di Giustiniano. Nel corso del tempo, erano state aggiunte altre regolamentazioni derivanti da molteplici fonti, tra cui le legislazioni dei monarchi. Tale meccanismo incideva sull'incertezza delle norme e sui giudizi, incrementando le situazioni di disparità in una situazione resa già critica dal potere assoluto dei sovrani²⁸.

Il codice si pone quindi come legge unica, definisce la proprietà diritto sacro e inviolabile, cioè diritto di godere e disporre delle cose nel modo più assoluto.

Veniva quindi realizzata l'ambizione di ridurre il diritto a legge, secondo la teoria del positivismo giuridico. Il codice era unica fonte normativa e, grazie alla presenza di norme generali ed astratte, qualunque circostanza trovava in esso l'opportuna regolamentazione, scongiurando la possibilità di lacune e antinomie²⁹. Il compito del giudice consisteva solo nell'applicare il codice nel suo significato letterale, svolgendo un esclusivo lavoro di esegesi e trascurando l'apporto del diritto naturale nell'elaborazione dei principi della giustizia³⁰. Tale meccanismo statico però rivelò delle criticità, perché ignorava le esigenze di una realtà in continua evoluzione.

E così, il nuovo codice francese dei rapporti privati della borghesia rivoluzionaria veniva costruito sul diritto di proprietà: tutti potevano accedervi in condizioni di uguaglianza, la proprietà della terra non avrebbe più rappresentato lo scettro del potere politico del feudatario sulla gleba, tale istituto avrebbe assunto un valore esclusivamente economico e produttivo a vantaggio di tutti. L'individuo realizza, dunque, sé stesso mediante ciò che gli appartiene, così il diritto di proprietà assume carattere assoluto, diviene «archetipo del diritto soggettivo», l'uso del proprio diritto si svolge senza incontrare limiti posti dall'ordinamento statale. Tra la fine dell'800 e gli inizi del '900, però, tale concezione sarà messa in crisi dall'affermazione delle idee socialiste³¹.

Ecco perché nella giurisprudenza francese, nella seconda metà del XIX secolo, nasce la figura dell'abuso del diritto, proprio in connessione con la clausola generale della responsabilità civile dall'art. 1382 del Codice civile francese del 1804, Codice napoleonico: in particolare la qualificazione

²⁷ Ivi, p. 165.

²⁸ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, 2007, pp. 305-306.

²⁹ M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, 2008, pp. 288-290.

³⁰ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, III. Ottocento e Novecento*, Laterza, 2020, pp. 17-21.

³¹ F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, Barletta, 2018, p. 165.

dell'abuso di esercizio del diritto soggettivo determina la qualificazione della colpa richiesta dalla legge per l'individuazione della responsabilità³².

L'art. 1382 esprime infatti il concetto della responsabilità aquiliana: «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno»³³.

Il codice italiano del 1865 recepisce inevitabilmente l'impostazione della codificazione francese. Ai fini del tema che stiamo svolgendo è importante tenere in considerazione che in quell'ambito il concetto di negozio giuridico, concetto centrale dell'intero codice, era l'esaltazione del ruolo centrale della volontà del singolo, quindi specchio fedele dell'affermazione dei principi propri della borghesia emersi con la Rivoluzione francese³⁴.

«In tal senso la teoria negoziale è nata come parte della teoria del soggetto di diritto»³⁵. L'atto, inteso come manifestazione della volontà del privato, rappresentava il criterio che postulava la teorizzazione di un'unica categoria, pur comprendente manifestazioni molteplici e diverse: atti *inter vivos*, *mortis causa*, unilaterali, bilaterali, plurilaterali. Tale impostazione era confermata dal fatto che il contratto era regolato nell'ambito del libro terzo, ma semplicemente per descrivere i modi di acquisto e trasferimento della proprietà; quest'ultima era l'istituto fulcro dell'intero diritto privato e lo strumento contrattuale era disciplinato solo in via subordinata e correlata ad essa³⁶.

In realtà, tale assetto cominciava a rivelare aspetti critici: non appariva più adeguato ad una realtà che richiedeva maggiore attenzione agli altri elementi preminenti della relazione giuridica, affinché si realizzasse un bilanciamento tra interessi contrapposti.

Infatti, il contratto cominciò a rivelarsi «strumento cardine della nascente impresa e dunque strumento complesso che doveva mediare la soggettività del volere con le oggettive necessità del mercato»³⁷.

Divenne rilevante, nel mutato contesto, la dichiarazione, per come manifestata, rispetto alla reale volontà. Ecco che la dichiarazione assunse «una propria autonoma funzione accanto alla volontà, prevalendo su di essa in caso di contrasto»³⁸.

Il corso della storia segna un'evoluzione significativa, infatti il codice del 1942 rappresenta «il risultato di una lunga evoluzione storico-giuridica ed è dovuta, con ogni probabilità, all'intenzione di

³² *Ivi*.

³³ Art. 1382 code civile fr.: «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*».

³⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 775.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ivi*, p. 776.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ivi*.

porre l'accento, più che sul potere della volontà del singolo, sull'oggettivo strumento di scambio inserito nel contesto del mercato e del commercio»³⁹.

Il nuovo codice continua ad ignorare la categoria negoziale, ma la svolta è rappresentata dall'aver riunito in un solo testo il codice civile e il codice del commercio, ponendo il contratto al centro di tutto l'impianto, ormai del tutto svincolato dal diritto di proprietà e dai criteri ad essa afferenti e invece connesso al criterio di scambio dell'imprenditorialità, al sinallagma che caratterizza la relazione basandola sulla reciprocità, ed è questa impostazione che richiede attenzione al corretto esercizio del diritto soggettivo.

Nella ricostruzione dell'argomento che qui interessa, non poca importanza riveste il fatto che a livello europeo la Carta di Nizza del 2000 (recepita nel Trattato di Lisbona del 2009) all'art. 54 prevede il divieto di abuso del diritto⁴⁰: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta»⁴¹.

Rispetto a tale previsione, in ambito comunitario non sono mancate osservazioni negative in riferimento alla sua inefficacia. Tanto da spingere autorevole dottrina ad affermare che «dall'entrata in vigore, in tutta Europa, della Carta di Nizza, la provincia italiana non sembra essersi ancora accorta del “divieto di abuso del diritto” e continua a prodursi in inutili virtuosismi concettuali ed in sterili bizantinismi»⁴². La giurisprudenza comunitaria si è occupata dell'argomento pronunciandosi più volte e attribuendo il carattere dell'abusività ad ipotesi concrete anche molto distanti e diverse tra loro⁴³. Particolare interesse ha destato la sentenza 21 febbraio 2006 in C - 255/02 ⁴⁴ che, sebbene riguardi la materia fiscale, dimostra l'attenzione e l'importanza attribuita a livello comunitario all'abuso del diritto e alla necessità di contrastarlo e sanzionarlo

³⁹ *Ivi*.

⁴⁰ La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e dal primo dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso rango giuridico dei Trattati

⁴¹ ART .54 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA.

⁴² F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?* in *Contratto e impresa*, 2011, p. 311.

⁴³ E. TORRI, *Abuso del diritto: entelechia di un istituto; evoluzione, casistica, profili processuali*, in *Riv. della Corte dei Conti*, n. 6, 2023, I, p. 18

⁴⁴ Con la sentenza Halifax sentenza 21 febbraio 2006 in C - 255/02, la corte di Lussemburgo per la prima volta ha affermato l'esistenza di una clausola generale anti-abuso, estesa all'intero campo dell'imposizione fiscale. Nella sentenza si precisa che l'abuso non coincide con la frode; infatti, a differenza di questa si configura quando “un'operazione reale conforme ai modelli legali” utilizzata però essenzialmente per ottenere un vantaggio. Non ci sarebbe abuso se la medesima operazione viene posta in essere per ragioni diverse e ulteriori rispetto al solo scopo di conseguire il vantaggio fiscale.

La predetta sentenza non rappresenta il primo pronunciamento della giurisprudenza comunitaria; infatti, a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia Van Binsbergen si rinvenivano passaggi in cui si affermava già l'esistenza di un principio generale di divieto delle pratiche abusive.

Ai fini dello svolgimento del tema di divieto di abuso del diritto come principio generale dell'ordinamento giuridico è importante ricollegare tale nozione a due importanti pronunce della Cassazione, nelle quali la Suprema Corte ne definisce più dettagliatamente la portata e il significato, fino a pervenire alla individuazione di un vero e proprio “decalogo” degli elementi costitutivi della figura in esame⁴⁵.

Nel primo caso, oggetto della valutazione della Corte, 20 aprile 1994, n. 3775, si esaminava la circostanza in cui l'Ente Fiuggi S.p.A. esercitava la facoltà, attribuita contrattualmente, di non aumentare il prezzo delle bottiglie di acqua all'ingrosso. Il Comune di Fiuggi aveva infatti concesso alla società alcuni stabilimenti termali verso il pagamento di un canone, stabilendo però che il canone di affitto degli stabilimenti termali fosse commisurato al prezzo di vendita delle bottiglie d'acqua prodotte dalla società affittuaria. Di conseguenza, qualora la società avesse applicato un aumento dei prezzi, anche il canone sarebbe aumentato, producendo un conseguente vantaggio economico per il Comune concedente: solo sullo sfondo tale accordo sottintendeva, ma non esplicitava, la prospettiva di compensare, con un possibile successivo aumento del prezzo del prodotto, una eventuale svalutazione della moneta. Invece la società affittuaria aggirò l'ostacolo mediante uno stratagemma, ossia per il tramite di altre società appartenenti allo stesso gruppo che si occupavano della distribuzione, e quindi non direttamente, applicò l'aumento del prezzo delle bottiglie di acqua che risultò più che raddoppiato: in tal modo conseguì scorrettamente il duplice vantaggio di evitare di corrispondere al Comune l'adeguamento del canone e allo stesso tempo di lucrare sull'aumento del prezzo, contravvenendo allo spirito dell'intesa tra le parti e quindi alla buona fede sottesa all'accordo originariamente raggiunto⁴⁶.

In merito a tale circostanza la Corte d'Appello adita stabilì che dai patti contrattuali non era rinvenibile espressamente alcun diritto del Comune affinché la società aumentasse il prezzo di fabbrica delle bottiglie per adeguare il canone alla svalutazione della moneta, quindi, non erano rilevabili comportamenti attuati in spregio delle regole della correttezza e della buona fede. La domanda in base a tale argomentazione veniva quindi rigettata, poiché priva di fondamento. Invece, secondo la Suprema corte,⁴⁷ la società affittuaria, pur avendo discrezionalità nel determinare il prezzo di fabbrica, deve in realtà pur sempre comportarsi secondo correttezza (art. 1175 c.c.). Ciò perché l'obbligo di comportarsi secondo correttezza si pone come un limite interno di ogni situazione

⁴⁵ D.MARZANO, *Buona fede e divieto di abuso del diritto*, in Dike Giuridica, contributo estratto dal Manuale Ragionato di Diritto Civile di Francesco Caringella – Dike Giuridica 2023 “*Buona fede e divieto di abuso del diritto: i limiti all'esercizio del diritto*”.

⁴⁶ Ivi.

⁴⁷ 20 aprile 1994, n. 3775, nota come caso Fiuggi

giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita: l'ossequio alla legalità formale non deve tradursi in un sacrificio della giustizia sostanziale, in particolare non deve risultare disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà (art. 2 Cost.), il quale, rapportato al contratto, ne determina integrativamente il contenuto agli effetti (art. 1374 c.c.), orientando al contempo l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio. Quindi, in riferimento al caso Fiuggi, la Cassazione ha ritenuto che, in presenza di una svalutazione monetaria, avrebbe dovuto essere attribuito rilievo all'aspettativa del Comune, in ordine all'aumento del prezzo: la correttezza costituisce regola di governo della discrezionalità e vieta l'abuso di quest'ultima. La scorrettezza – afferma infine la Cassazione – rileva per sé, indipendentemente dall'*animus* dell'autore. La Suprema corte con la decisione sembra sottendere una nozione di abuso imperniata su un criterio oggettivo (contrarietà a buona fede) e teleologico (finalità contraria allo spirito dell'intesa), mentre nessun rilievo pare assumere l'elemento soggettivo (consistente nell'intenzione di nuocere)⁴⁸.

La seconda pronuncia della Corte rilevante ai fini dello svolgimento di questo lavoro, proprio perché pone luce ancora sulla definizione dell'abuso del diritto, è la sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, il cosiddetto «caso Renault»: con essa la Corte di Cassazione stigmatizzava l'abuso del potere di recesso *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita. Infatti, la Renault Italia S.p.A. aveva stipulato contratti di concessione di vendita che prevedevano la clausola che attribuiva la facoltà di recesso *ad nutum*. Nella vicenda oggetto di esame da parte della Cassazione, gli interessi contrapposti erano quelli della Renault a riorganizzare la rete di vendita e quelli delle concessionarie alla prosecuzione dei rapporti. La casa madre Renault S.p.A. aveva esercitato la facoltà di recedere nei confronti di una pluralità di concessionari italiani, immediatamente dopo aver però richiesto loro ingenti finanziamenti. Rispetto alla questione posta dalle concessionarie, la corte di merito esclude l'abuso del diritto, rilevando che la clausola di recesso *ad nutum* è espressione di un atto di autonomia privata e in quanto tale insindacabile. Inoltre, si dichiarava che non era configurabile l'ipotesi di abuso di diritto per difetto dei suoi elementi costitutivi, non era rilevabile l'elemento oggettivo, che postula assenza di utilità per il titolare del diritto, e nemmeno quello soggettivo che presuppone *l'animus nocendi*, ossia intenzione di nuocere. Ma successivamente la sentenza della Cassazione ribalta la prospettiva, riconoscendo la sussistenza di abuso di diritto nel caso di specie. Gli argomenti a sostegno della decisione sono fondati sulla buona fede e sulla solidarietà sociale prevista all'art. 2 Cost. che

⁴⁸ D. MARZANO, *Buona fede e divieto di abuso del diritto*, in Dike Giuridica, contributo estratto dal Manuale Ragionato di Diritto Civile di F. CARINGELLA – Dike Giuridica 2023 “*Buona fede e divieto di abuso del diritto: i limiti all'esercizio del diritto*”.

devono regolare ogni fase del contratto, ossia formazione, esecuzione, interpretazione; si adduce che la buona fede rappresenta lo strumento per il giudice per valutare il giusto equilibrio fra gli interessi opposti. Quindi la Cassazione, a differenza delle corti di merito, accoglie la tesi della buona fede con funzione integrativa: per questo disporre di un potere non è condizione sufficiente per il legittimo esercizio, se nella situazione concreta determina una sproporzione degli interessi contrapposti.

In particolare⁴⁹ La Suprema Corte ha osservato che «la buona fede... serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione» e «il criterio della buona fede costituisce... uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento dei contrapposti interessi», al punto che «il giudice, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi».

Inoltre, la Corte di Cassazione afferma ⁵⁰ che «l'ordinamento giuridico, pur accordando al privato l'autonomia e la tutela degli atti posti in essere per il perseguimento di interessi meritevoli, disconosce validità all'esercizio di poteri, diritti ed interessi in violazione del principio di buona fede oggettiva».

Dunque, con la pronuncia della Cassazione, viene sancita una regola generale che nega tutela ai poteri, ai diritti e agli interessi posti in essere in violazione delle corrette regole di esercizio e di buona fede.

«In merito ai principi così formulati dalla Suprema Corte, pare opportuno operare una distinzione fra poteri, diritti e interessi: ne deriva che questi siano meritevoli di tutela soltanto se vengono esercitati nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, nonché di solidarietà e di utilità sociale. L'area dei poteri, dei diritti e degli interessi è dunque più ampia di quella oggetto di tutela da parte dell'ordinamento»⁵¹.

E in virtù degli approfondimenti svolti nella risoluzione di tali casi paradigmatici, la Suprema Corte ha colto gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto nel modo che segue: «1) la titolarità di un diritto in capo a un soggetto (diritto come sinonimo di situazione di vantaggio giuridicamente protetta); 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto, in sede sostanziale o anche processuale (abuso del processo) secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione, giuridico o extra-giuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il

⁴⁹ L. M. QUATTROCCHIO, *L'abuso del diritto nel diritto societario*, in *Il Nuovo Diritto delle Società* 20/2014, p. 80

⁵⁰ *Ivi*.

⁵¹ *Ivi*.

sacrificio cui è soggetta la controparte⁵². Ne consegue che l'abuso del diritto... delinea... l'utilizzazione alterata e scorretta dello schema formale del diritto, preordinata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli per i quali il diritto è stato conferito ovvero con modalità tali da arrecare alla controparte un pregiudizio obiettivamente sproporzionato⁵³. Il divieto di abuso del diritto ... principio di chiusura del sistema ... garantisce l'“autocorrezione” dell'ordinamento evitando di ritenere lecito ogni comportamento non vietato⁵⁴».

In sintesi, la Cassazione motiva il principio che vieta l'abuso del diritto, pur in assenza di una norma di carattere generale ripercorrendo l'evoluzione della cultura giuridica. Negli anni '30 l'abuso del diritto era meramente un precetto morale, non era prevista una sanzione giuridica. Inoltre, tale principio mal si conciliava con la prevedibilità o certezza del diritto, infatti l'art. 7 del progetto preliminare del codice del 1942 non trovò conferma nell'edizione definitiva. La Cassazione pone in evidenza che il mutato contesto storico richiede dunque una nuova riflessione sulla categoria dell'abuso.

L'abuso del diritto in definitiva si realizza mediante una scorretta utilizzazione dello schema formale della legge, che in effetti non viene violata formalmente, ma consistente ugualmente in una condotta preordinata a realizzare fini contrastanti con una equilibrata e proporzionale definizione dei rapporti giuridici. Le violazioni assumono per questo manifestazioni atipiche non predeterminabili, che richiedono di volta in volta lo sforzo dell'organo giudicante per individuare in concreto i caratteri della violazione e la sanzione da applicare⁵⁵.

La disamina di tali indirizzi giurisprudenziali appare la premessa necessaria per introdurre ed apprezzare l'applicazione nel diritto societario dei principi di correttezza e buona fede connessi al divieto di abuso.

2. Il divieto di abuso del diritto è declinato in vari ambiti e in diverse accezioni, in relazione al significato che i molteplici rapporti giuridici possono assumere nei vari contesti.

Molte sono le ipotesi di abuso del diritto, soprattutto in ambito commerciale: l'ordinamento da un lato mira a prevenire e vietare le condotte dell'imprenditore che abusa dei propri poteri e della propria posizione di vantaggio rispetto agli altri soggetti con cui entra in contatto nello svolgimento della propria attività, e dall'altro vengono approntati rimedi idonei ad evitare che nell'ambito del rapporto

⁵² Ivi.

⁵³ Ivi.

⁵⁴ Ivi.

⁵⁵ E. TORRI, *Abuso del diritto: entelechia di un istituto; evoluzione, casistica, profili processuali*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 6/2023, I, pp. 1-35.

societario alcuno dei soci possa abusare dei diritti di cui è titolare, esercitandoli in maniera impropria a danno degli altri.

Il codice del consumo prevede una serie di disposizioni atte ad arginare, in linea con le disposizioni dell'Unione Europea, il fenomeno dell'abuso in ambito consumeristico⁵⁶.

Nell'ambito del diritto commerciale varie sono le fattispecie in cui si configura abuso del diritto che l'ordinamento vieta.

Proprio la disciplina riguardante l'abuso di posizione dominante e quella dell'abuso di dipendenza economica rappresentano una limitazione del dogma dell'autonomia imprenditoriale, che trova una perimetrazione e non può essere esercitata travalicando i limiti del suo ragionevole esercizio. Vengono, così, impedito le condotte dell'imprenditore volte a pregiudicare i soggetti terzi.

⁵⁶ D.Lgs. n. 206 del 2005 come poi modificato dalla legge 16 dicembre 2024, n. 193 e dal D.L. 27 dicembre 2024, n. 202, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2025, n. 15., ha il fine di garantire la correttezza, la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali, e riequilibrare la posizione del consumatore rispetto a quelli del professionista che inevitabilmente dispone di informazioni e di un potere contrattuale maggiore rispetto all'altra parte del contratto. L'art 2 del citato D.Lgs., intitolato "Diritti dei consumatori", stabilisce: "1. Sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni. 2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

Ai sensi dell'art 33 e seg. le clausole considerate vessatorie sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.

2. Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, creino uno squilibrio normativo o abbiano determinati effetti, come elencate nel comma 2 dell'art 33

a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;

b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;

c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

3. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Le disposizioni che stabiliscono tali divieti e che ci apprestiamo ad esaminare trovano notevole applicazione anche in ambito societario, tenuto conto che le attività imprenditoriali economicamente più rilevanti solitamente sono svolte tramite il ricorso allo strumento societario

Con la legge 18 giugno 1998 n. 192 riguardante la disciplina della subfornitura industriale il legislatore ha inteso⁵⁷ vietare alle imprese di abusare della propria posizione nei rapporti con altre imprese che si trovino in uno stato di dipendenza nei confronti delle prime. La violazione del divieto comporta oltre alla sanzione della nullità del patto contrattuale che realizza l'abuso, anche una responsabilità extracontrattuale o ex art. 1218 c.c., a seconda dei casi, e un conseguente obbligo risarcitorio per il soggetto che abbia commesso l'abuso. Va precisato che l'ordinamento non intende vietare situazioni di dipendenza economica tra imprese, ma considera illecito e vietato abusare di questo squilibrio.⁵⁸ Riguardo a quest'ultimo aspetto, di recente si è pronunciata la Corte di Cassazione con un'ordinanza del 2024⁵⁹.

Un altro divieto riguarda l'abuso di posizione dominante. Infatti, l'ordinamento non «consente all'impresa di ricavare profitti sovra competitivi» grazie ad una posizione sul mercato che le permette di non essere esposta alle dinamiche e ai rischi della normale concorrenza. Il potere economico di un'impresa "dominante" consente a questa di poter programmare decisioni e praticare condizioni contrattuali, anche sconvenienti, ai propri clienti senza doversi preoccupare delle eventuali migliori condizioni offerte dai *competitors* che, di fatto, sono resi impotenti e non hanno quindi nessuna

⁵⁷ Art 9, legge 18 giugno 1998 n. 192 "È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. ((Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati

⁵⁸ V. BUONOCORE e A. LUMINOSO, *La contrattazione di impresa*, in *Manuale di Diritto Commerciale*, AA. VV., Giappichelli, Torino, 2020, p. 863

⁵⁹ Con ordinanza n. 27420 del 23 ottobre 2024, la Corte di Cassazione si è pronunciata sulla nullità di due contratti con i quali veniva realizzato un abuso di dipendenza economica, di una società nei confronti dell'altra società, parte del contratto. La nullità discende dall'applicazione dell'art. 9 della L. 192/98 che stabilendo il divieto, sanziona con la previsione della nullità di ogni patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica medesimo. La Corte precisa che sono vietate solo quelle situazioni di dipendenza che siano abusivamente sfruttate dalla parte dominante, al fine di trarne vantaggi ulteriori rispetto a quelli derivanti dal legittimo esercizio della propria autonomia negoziale. Un'operazione commerciale potrà essere considerata nulla e quindi il principio costituzionale della libertà d'iniziativa economica non consente di vanificare un'operazione negoziale se non previo accertamento da parte del giudice dell'effettivo accertamento di una condotta arbitraria ed ingiustificata. Affinché si possa ritenere configurato l'abuso saranno necessari diversi presupposti: lo squilibrio deve essere eccessivo, il contraente "dipendente" deve essere realmente privo di alternative economiche sul mercato e la condotta della controparte arbitraria contraria a buona fede con l'intenzione di perseguire fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale e l'obiettivo di causare il pregiudizio altrui.

possibilità di aumentare la propria quota di mercato⁶⁰. Si ritiene realizzata tale figura in base ad un criterio sia quantitativo (es. l'impresa che controlla determinate percentuali di clientela), che qualitativo (l'impresa che dispone della maggior parte di materie prime necessarie alla produzione)⁶¹, mentre non si ritiene rilevante e necessaria l'intenzione dell'impresa dominante di acquisire un vantaggio, strumentalizzando la propria posizione.

Dalle disposizioni esaminate, si può concludere che l'ordinamento tende ad impedire che la libertà di svolgere l'attività economica e imprenditoriale possa trasformarsi in dominio⁶²; ne consegue che queste situazioni patologiche di uso arbitrario del potere vanno vietate. Il legislatore, in alcuni casi (come nel caso di abuso di posizione dominante), addirittura anticipa la tutela, vietando la sola possibilità che l'abuso possa essere effettivamente esercitato, in quanto anche la sola eventualità è sufficiente a comprimere la libertà, in quanto dominati.

La necessità che l'agire, nell'ambito del diritto e dei rapporti commerciali, debba essere improntato alla ragionevolezza economica diventa anche il «criterio di discriminare tra operazioni societarie legittime e operazioni poste in essere abusando del diritto»⁶³.

La priorità di tale assunto è resa evidente dal fatto che l'assenza di ragionevolezza economica determina fattispecie tipizzate e non tipizzate di abuso, per le quali sono previsti rimedi che consistono nell'annullamento o nullità del contratto e anche nell'eventuale conseguente risarcimento del danno⁶⁴.

L'essenzialità di tale clausola generale riverbera i suoi effetti nel settore societario⁶⁵, con riferimento alle disposizioni sull'adeguatezza organizzativa di cui all'art. 2381 c.c., sull'adeguatezza della motivazione di cui all'art. 2391 c.c., sulla trasparenza e correttezza sostanziale e procedurale di cui all'art. 2391 bis c.c., sulla diligenza degli amministratori di cui all'art. 2392 c.c., sulla corretta amministrazione di cui all'art. 2403 c.c., sulla chiarezza e rappresentazione veritiera e corretta del bilancio di cui all'art. 2423 c.c., sulla corretta gestione societaria e imprenditoriale di cui all'art. 2497 c.c.

⁶⁰ V. BUONOCORE e F. MARTORANO, *La concorrenza*, in *Manuale di Diritto Commerciale*, AA. VV., Giappichelli, Torino, 2020, p.138

⁶¹ *Ivi*.

⁶² *Cfr.*, R. DIAMANTI, *La libertà come non dominio. Il contrasto all'uso arbitrario del potere attraverso la ragionevolezza, le clausole generali e l'abuso del diritto*, in *Lavoro Diritti Europa, Rivista Nuova del diritto del lavoro*, 2024

⁶³ P. MONTALENTI, *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 4, p.873.

⁶⁴ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 8.

⁶⁵ *Ivi*.

Nell'ambito finanziario⁶⁶ rilevano le clausole di diligenza, correttezza e trasparenza, di ragionevole idoneità delle procedure, di trasparenza informativa, di efficiente svolgimento dei servizi, di parità di trattamento, di sensibile alterazione nell'aggiotaggio informativo contenute nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, art. 21 d. lgs. 1998 n. 58.

In ambito di diritto bancario⁶⁷ l'art. 53 comma 1, lett. d) d. lgs. N.385/1993 Testo Unico Bancario, disciplinando la vigilanza regolamentare, stabilisce il principio generale di organizzazione per il quale «la Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: a) l'adeguatezza patrimoniale; b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni; c) le partecipazioni detenibili; d) il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione; d-bis) l'informativa da rendere al pubblico sulle materie di cui alle lettere da a) a d)».

Nel settore assicurativo⁶⁸ il Codice delle Assicurazioni private d. lgs. n. 209/2005 predispone le regole della sana e prudente gestione delle imprese e della trasparenza e correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati, dell'appropriato grado di protezione del consumatore, dell'obbligo di rispetto dell'interesse generale nella stipulazione di contratti, del criterio di redazione in modo chiaro ed esauriente dei contratti, della clausola che impone l'idonea organizzazione amministrativa e contabile e un adeguato sistema di controllo interno, dell'autonomia dell'impresa, della trasparenza dei premi e delle condizioni di contratto, del principio di trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato.

La ragionevolezza economica è quindi il principio cardine che rileva in tutti i settori del diritto commerciale. L'assenza di tale criterio produce fattispecie di abuso del diritto. Le ipotesi tipizzate non contengono necessariamente l'espressione letterale di abuso, ma contengono riferimento ai requisiti essenziali di tale figura giuridica⁶⁹. «È essenziale che ogni azione od operazione compiuta in ambito societario (*rectius*, commerciale) risponda ad un disegno ben individuato e attendibile e non rappresenti uno strumento per l'attuazione di finalità illegittime»⁷⁰.

3. Come già rappresentato nei paragrafi precedenti, negli anni '70 la dottrina e la giurisprudenza, attingendo allo spirito della Costituzione, «hanno affermato l'immanenza nel nostro ordinamento

⁶⁶ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 8.

⁶⁷ Ivi.

⁶⁸ Ivi, p.9.

⁶⁹ Ivi.

⁷⁰ Ivi.

giuridico del principio generale del divieto di abuso del diritto»⁷¹. L'art. 2 della Costituzione che esprime il valore della solidarietà sociale, con i principi di correttezza e buona fede che ne rappresentano la diretta estrinsecazione nei rapporti privati, sono alla base di tale impostazione⁷².

Tale assunto postula il dovere per «chiunque sia titolare di una situazione giuridica di vantaggio di esercitarla non già in una prospettiva egoistica ed individualista, bensì in un'ottica solidaristica che prenda in considerazione e salvaguardi, nei limiti di un sacrificio non apprezzabile, la sfera giuridica dei soggetti con cui entra in relazione»⁷³.

«Alla lacuna di una norma di diritto positivo in materia di abuso del diritto sopperiscono in ambito privatistico i principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.»⁷⁴.

«Tali principi implicano il “dovere di ciascuna parte di realizzare l'interesse contrattuale dell'altra o di evitare di recarle danno”»⁷⁵.

L'esame delle astratte ipotesi che configurano un abuso del diritto in ambito societario richiede una preliminare riflessione sulla particolarità del contratto sociale, in quanto il concetto trattato in questo specifico ambito risente ed assorbe tutti i caratteri che distinguono il rapporto societario rispetto agli altri tipi di contratto. È bene infatti ricordare che questo tipo di contratto, avendo natura associativa, è fortemente caratterizzato la comunione dello scopo perseguito. Ne deriva che si configurano come gravi inadempienze i comportamenti e le condotte del socio idonee ad ostacolare e pregiudicare lo scopo sociale, che quest'ultimo si è impegnato a perseguire con la sottoscrizione del contratto. La natura fiduciaria del rapporto societario fa sorgere in capo a ciascuno dei consociati l'obbligo di adempiere agli obblighi assunti con diligenza, lealtà, buona fede e correttezza, tenuto conto che al contratto si applicano le disposizioni codicistiche previste per l'adempimento del contratto in generale.

A ben vedere, nell'esecuzione del contratto di società il principio di buona fede e il divieto di abuso del diritto potrebbero essere considerate immagini e proiezioni speculari di uno stesso evento, laddove la condotta del socio assunta in violazione del principio di buona fede può comportare un esercizio abusivo del diritto, come tale vietato, e non coperto quindi da nessuna tutela da parte dell'ordinamento, che esprime così un giudizio di immeritevolezza conseguente all'uso del diritto da

⁷¹ D. MARZANO, *Buona fede e divieto di abuso del diritto*, in Dike Giuridica, Contributo estratto dal Manuale Ragionato di Diritto Civile di Francesco Caringella – Dike Giuridica 2023 “Buona fede e divieto di abuso del diritto: i limiti all'esercizio del diritto”

⁷² Ivi.

⁷³ Ivi.

⁷⁴ L. M. QUATTROCCHIO, *L'abuso del diritto nel diritto societario*, in *Il Nuovo Diritto delle Società* 20/2014, pp. 79.

⁷⁵ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in Comm. Scialoja-Branca, sub art. 1375, Zanichelli, Bologna, pag. 98.

parte del socio, non già in aderenza alla causa e allo scopo del contratto, ma per perseguire un obiettivo diverso connaturato da un intento prevaricatore ed egoistico.

L'art. 1175 c.c. stabilisce che «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa»⁷⁶. La disposizione che rinveniamo libro IV del codice civile, dedicato alle obbligazioni, diventa la regola aurea per ciascun socio.

La giurisprudenza inizialmente si era dimostrata restia a riconoscere all'art. 1175 portata generale; nell'intento di garantire la certezza del diritto si tendeva ad osservare la stretta legalità e a non concedere spazi ad esigenze di carattere meramente morale. Più recentemente invece, ribaltando l'originaria prospettiva, si è pervenuti a riconoscere nella regola della correttezza il parametro per la comparazione degli interessi delle parti «fino al punto di individuare nell'art. 1175 c.c. il fulcro della disciplina delle obbligazioni»⁷⁷.

Il principio di correttezza è alla base di molteplici disposizioni normative che ne rappresentano la concreta applicazione, ma proprio perché il principio è una clausola generale, «non si esaurisce nei singoli richiami normativi»⁷⁸. Ne discende che sarebbe errato ritenere che il comportamento scorretto possa rilevare ai fini della responsabilità solo nel caso in cui sia già previsto espressamente da una norma giuridica⁷⁹. Si ritiene, proprio per questo, che la buona fede «sia strumento di determinazione e arricchimento del contenuto in concreto della prestazione e del rapporto obbligatorio»⁸⁰.

Inoltre, in base all'Art. 1375 c.c., «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

Non potendo in questa sede approfondire eventuali la distinzione tra buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo, per ciò che attiene all'argomento qui trattato, preme evidenziare che anche nell'ambito del rapporto societario si attribuiscono alla buona fede due funzioni: la funzione integrativa del contenuto dell'obbligazione e la funzione valutativa della condotta delle parti nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio⁸¹. Ne discende che le parti sono tenute non solo all'osservanza degli obblighi specifici della prestazione, ma anche a quelli che ne rappresentano un corollario, come obblighi di avviso e comunicazione, di custodia, sicurezza e cooperazione⁸².

Si ritiene, per tutto quanto esposto, che la buona fede rappresenti uno «strumento di determinazione e arricchimento del contenuto della prestazione nel rapporto obbligatorio»⁸³.

⁷⁶ Quindi lo stesso socio che assume al contempo la veste di creditore e quella di debitore

⁷⁷ F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, Barletta, 2018, p. 564.

⁷⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 562.

⁷⁹ *Ivi*.

⁸⁰ G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1971, II, pp. 298 e 293.

⁸¹ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 10.

⁸² *Ivi*.

⁸³ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205.

Correttezza e buona fede sono quindi clausole generali, delle quali il riferimento normativo principale è rappresentato dagli articoli riportati, che consentono il bilanciamento necessario degli interessi delle controparti.

Nella materia societaria, quindi, le predette clausole vanno interpretate tenendo conto della funzione concreta a cui, secondo l'ordinamento, deve assolvere il contratto costitutivo di una società. In questo contratto, così come negli altri contratti, la causa è requisito essenziale. L'art. 2247 riguarda le società in generale e, pertanto, una molteplicità di tipi di contratto societario, ecco perché la causa varia a seconda del tipo di società e va individuata alla luce di quanto previsto dal 2247 unitamente alla particolare disciplina dettata per ciascun tipo. Volendo individuare un comun denominatore tra questi, si potrà dire che «Lo scopo della società è, sotto un primo aspetto, quello di trasformare la ricchezza conferita dai soci in un'efficiente organizzazione imprenditoriale: esso è tanto più intensamente realizzato quanto maggiore è la efficienza produttiva o distributiva dell'impresa. E interesse sociale, sotto questo aspetto, l'interesse ad aumentare il volume della produzione o degli scambi, l'interesse alla conquista di nuovi mercati, l'interesse ad accrescere la potenza economica della società. Sotto un secondo aspetto, l'interesse sociale viene in considerazione come interesse alla massimizzazione del profitto: è l'interesse a che l'impresa sociale produca la più abbondante messe possibile di utili. Sotto un terzo aspetto, infine, l'interesse sociale si presenta come interesse alla

massimizzazione del dividendo: come interesse a che i profitti realizzati vengano il più frequentemente e nella misura più alta possibile distribuiti ai soci.

C'è, dunque, un interesse sociale preliminare: l'interesse a che il patrimonio sociale, formato con i conferimenti dei soci, sia utilizzato per l'esercizio di una attività economica, della specifica attività economica che forma oggetto della società; c'è poi un interesse sociale intermedio: l'interesse a che l'attività economica sia volta alla realizzazione degli utili; c'è, quindi, un interesse sociale finale: l'interesse a che gli utili realizzati siano divisi fra i soci. Interesse alla massimizzazione dell'efficienza dell'impresa, interesse alla massimizzazione del profitto, interesse alla massimizzazione del dividendo sono tutti interessi riconducibili alla causa del contratto di società. Nella astratta previsione dell'art. 2247 essi si presentano come momenti causali tra loro coordinati e consequenziali, giacché non si possono dividere utili fra i soci (interesse sociale finale), se prima non li si realizza; né si possono realizzare utili (interesse sociale intermedio)»⁸⁴.

⁸⁴ F. GALGANO - P. SCHLESINGER, *Le società' in genere. Le società' di persone. Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2007

Chiarita la complessità della causa nei contratti societari, diventano più evidenti le ragioni per cui, intorno alla buona fede oggettiva, alla correttezza contrattuale e all'abuso del diritto, la dottrina e la giurisprudenza si siano a lungo soffermate, manifestando grande interesse proprio in riferimento alle particolari modalità dell'esercizio dei propri diritti da parte dei soci che, sovente, rivelano il perseguimento di obiettivi e interessi non coerenti con lo scopo che fisiologicamente deve essere perseguito da chi riveste tale qualifica.

Molte sono infatti le ipotesi in cui assumono grande rilievo il principio di buona fede e lo speculare divieto di abuso del diritto sia nella fase statica, che in quella dinamica.

Il socio ha il dovere di comportarsi lealmente nell'esecuzione del contratto e non deve esercitare i propri diritti per un fine distorto rispetto a quello societario.

I criteri di buona fede e correttezza, unitamente ai casi socialmente tipizzati di abuso del diritto, diventano così strumento per tutelare il socio sulla cui sfera giuridica si riflette la condotta finalizzata ad un obiettivo anomalo.

4. Intorno alla possibilità di configurare l'abuso di diritto in ambito societario, diviene quindi fondamentale tener presente la definizione di interesse sociale e della sua differenza rispetto all'interesse dei soci.

Alcuni autori, in chiave didascalica, per sintetizzare e definire plasticamente i due concetti fanno riferimento al noto caso dei "Battelli del Reno" risalente ai primi anni del secolo scorso⁸⁵. L'aneddoto riguarda Walther Rathenau, politico e imprenditore tedesco, Ministro degli Esteri della Repubblica di Weimar. Rimase infatti celebre la sua risposta agli azionisti della Norddeutscher Lloyd, i quali lamentavano di non aver conseguito gli utili sperati dal loro investimento azionario; la risposta di Walther Rathenau fu: "La società non esiste per distribuire dividendi a l'orsignori, ma per far andare i battelli sul Reno". Da allora l'espressione "i battelli del Reno" rappresenta il significato di interesse sociale, in una concezione dell'impresa nella quale l'interesse degli azionisti è qualcosa di distinto, e talvolta contrapposto, all'interesse dell'impresa in sé.

In realtà bisogna fare riferimento a due concezioni contrapposte, che si sono succedute nel tempo, per apprezzare il significato di interesse sociale.

La teoria istituzionalista definisce l'interesse sociale come un interesse superiore della società, non corrispondente solo all'interesse comune dei soci, ma esteso a quello vantato da una serie di soggetti

⁸⁵ L. M. QUATTROCCHIO, *L'abuso del diritto nel diritto societario*, in *Il Nuovo Diritto delle Società* 20/2014, p. 83.

diversi comunque collegati alla società, ad esempio l'interesse dei dipendenti, dei creditori, ecc.⁸⁶ È un interesse proprio della società, diverso da quello dei soci che la compongono. Trattandosi di un interesse superiore è, come tale, indisponibile.

In una sentenza della Cassazione del 1958 n. 2148⁸⁷ si definiva: «L'ente societario si pone non come centro esponentiale di una comunità di interessi di cui sono soggetti i soci e soltanto i soci, sebbene come la personificazione di un interesse superiore distinto da quello dei singoli, come tale oggetto di un'autonoma tutela giuridica».

Da tali premesse e in base a tale teoria discende che il socio in assemblea deve esercitare il proprio voto in modo funzionale alla realizzazione dell'interesse sociale, che è interesse superiore rispetto all'interesse del socio stesso⁸⁸.

In tal senso il codice del commercio prevedeva che l'annullamento della delibera assembleare poteva essere proposta anche dall'azionista assenziente, a conferma che il voto espresso rivestisse un valore autonomo rispetto alla volontà personale del singolo socio⁸⁹. Infatti, con il codice di commercio, art. 163, l'annullabilità della delibera societaria era connessa alla figura di eccesso di potere, in realtà una figura propria del diritto amministrativo⁹⁰. Questa figura dell'eccesso poneva limiti al potere dell'assemblea che non poteva esercitare la propria discrezionalità violando l'interesse sociale⁹¹. Si consideri anche che la teoria istituzionalista attribuiva al giudice il compito di determinare in concreto l'interesse sociale, escludendo la competenza della maggioranza.

Nel periodo storico del secondo dopoguerra si impongono nuove prospettive economiche, viene progressivamente trascurata la concezione di un interesse sociale superiore: infatti, se tale criterio era più confacente alla struttura delle società per azioni di stampo statalistico, non rispondeva più alle esigenze delle società di piccole e medie imprese, in quanto, essendo di dimensioni più modeste, non potevano essere qualificate di interesse pubblico.

⁸⁶ Ivi, p. 84.

⁸⁷ Cass. 20 maggio 1958, n. 2148, in *Giur. It.*, 1958, I, 1 p.

⁸⁸ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p.180.

⁸⁹ T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Giuffrè, Milano, 1952, p.162 e ss.

⁹⁰ Quando l'atto amministrativo non rispetta il vincolo costituito dalla sua causa tipica, su versa nel vizio di eccesso di potere. Una delle figure tipiche di eccesso di potere è lo sviamento di potere, che si verifica quando l'autorità amministrativa utilizza il potere attribuitole dalla legge per conseguire uno scopo diverso. Da: E. TORRI, *Abuso del diritto: entelechia di un istituto; evoluzione, casistica, profili processuali*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 6/2023, I, p. 17.

⁹¹ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 17.

Le mutate prospettive portavano a ritenere che il diritto di voto non fosse attribuito necessariamente per esprimere un interesse sociale superiore⁹².

Il nuovo orientamento trovava riflesso immediato nell'impossibilità per il consenziente di impugnare la delibera assembleare ai sensi del secondo comma art. 2377 c.c., nella non obbligatorietà dell'esercizio di voto e nella insindacabilità di una deliberazione unanime.

Ecco che, sull'esempio della dottrina tedesca, viene introdotta la teoria contrattualistica, secondo la quale l'interesse sociale è l'interesse comune dei soci all'esercizio di un'attività economica a scopo di lucro. L'ambito societario è caratterizzato da dinamiche complesse, rese tali dalla compresenza di interessi diversi e contrastanti, consistenti in categorie di poteri, diritti e interessi non necessariamente convergenti: essi fanno capo sia ai soci individualmente considerati, sia al gruppo inteso come ente economico collettivo o costituito da singole *legal entity*, sia agli altri *stakeholder* rappresentati, ad esempio, da creditori e da terzi⁹³.

A fronte della pluralità di interessi, la disciplina societaria ha la funzione di mediare le contrapposizioni e definire punti di stabilità, divenendo baricentro delle forze in gioco.

Tale impostazione deve essere necessariamente essere costruita intorno ad un presupposto, ad un dato oggettivo imprescindibile e vincolante per tutti gli attori in gioco, ed esso consiste nel perseguimento di uno scopo comune.

Questo criterio viene esplicitato dalla Cassazione in una sentenza del 1995, n. 11151. La sentenza chiarisce che, a differenza di ciò che avviene nei contratti di scambio, caratterizzati da interessi opposti, il contratto di società invece nasce intorno ad un comune obiettivo⁹⁴, che diviene il principio aggregatore delle diverse individualità.

Proprio in conseguenza di ciò si consideri che la volontà del singolo è subordinata a quella della maggioranza; inoltre, come già detto, è escluso che il diritto di voto possa essere esercitato per conseguire un interesse diverso dal perseguimento dello scopo comune⁹⁵.

Lo stesso aspetto di comunanza, che caratterizza sia l'esercizio dell'attività che lo scopo, è presente nel riferimento normativo del contratto di società, l'art. 2247 c.c.: «Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili». Dalla norma si evince che gli interessi sociali non sono unici.

⁹² T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 163.

⁹³ L. M. QUATTROCCHIO, *L'abuso del diritto nel diritto societario*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 20/2014, p. 83.

⁹⁴ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Nuova giur. comm.*, 1997. I, p. 449 e ss.

⁹⁵ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2020, p.13.

L'articolo 2247 c.c. postula, dunque, indirettamente un obbligo di correttezza e buona fede, in quanto la condotta del socio deve essere coerente con l'obiettivo comune, imponendo di non sfruttare la propria posizione per acquisire vantaggi personali a danno degli altri soci⁹⁶.

L'aspetto conseguente e simmetrico di tale impostazione è la configurazione di un possibile abuso del diritto, che collida con tale obbligo presupposto di comportarsi secondo correttezza e buona fede.

In base alle definizioni acquisite dell'interesse sociale, è ora determinante cogliere le ipotesi che configurano l'abuso del diritto nel contesto societario. Queste saranno analizzate nei successivi capitoli.

⁹⁶ Ivi, p. 12.

Capitolo II

L'abuso della maggioranza

Sommario: 1. Inquadramento della fattispecie - 2. Ipotesi di abuso - 3. Scioglimento anticipato della società - 4. Mancata distribuzione degli utili - 5. Aumento di capitale e conseguente diluizione della partecipazione per i soci di minoranza - 6. Conseguenze dell'abuso: invalidità della deliberazione e risarcimento del danno.

1. Il contratto sociale, elaborato intorno al perseguimento di uno scopo comune, attribuisce alla maggioranza il potere di decidere sulla gestione della società, sulla sua attività e sulle sue vicende e di incidere sull'organismo societario, anche per assicurare l'efficienza e la speditezza dell'azione sociale⁹⁷. Il principio maggioritario è dunque lo strumento tecnico che neutralizza la possibilità che il veto del singolo socio possa paralizzare l'attività societaria e rallentarne il necessario costante adeguamento alle esigenze mutevoli della realtà economica⁹⁸.

A tale criterio corrisponde dunque il potere della maggioranza di deliberare per esprimere la volontà sociale, vincolante per anche per tutti gli altri soci, come previsto dall'art. 2377 c.c.

L'esercizio del voto, oltre a dover essere conforme al dettato delle norme, non deve avere l'esclusivo fine di ledere i diritti degli altri soci, in quanto, in tal caso, configurerebbe ipotesi di abuso del diritto. Nel nostro ordinamento, non è prevista una norma che preveda esplicitamente l'abuso del diritto nelle delibere assembleari⁹⁹, ma tale figura emerge dalle pronunce delle Corti di merito e di legittimità, chiamate ad occuparsi di volta in volta dei casi concreti. È dunque una nozione di origine pretoria e delineata nei suoi contorni anche con il contributo della dottrina per indagare e controllare che la regola della maggioranza sia correttamente applicata e per evitare che questa assuma condotte abusive che, sebbene non previste espressamente nella legislazione societaria, devono essere considerate vietate¹⁰⁰.

L'interesse ad esplorare tale tema deriva dalla consapevolezza che il maggior condizionamento esercitato da chi investe maggiori risorse è fisiologico ed inevitabile nelle dinamiche sociali, pur potendo conseguentemente comportare dei rischi.

«Il dominio della maggioranza è uno strumento giuridico indispensabile per la vita delle società commerciali. Ma, come avviene in tutte le cose, può servire per il bene e per il male. Una legislazione e una giurisprudenza avveduta devono trovare rimedio, insieme energico e cauto, che gli impedisca

⁹⁷ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p.24.

⁹⁸ *Ivi*.

⁹⁹ G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p.723. H. SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2000, II, p.479 e ss.

¹⁰⁰ D. PREITE, *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992, p.3.

di fare il male e gli permetta di fare il bene. Il controllo della legalità formale non raggiunge del tutto questi scopi. Occorre il controllo della legalità sostanziale»¹⁰¹.

Uno dei diritti principali di cui è titolare il socio è quello di partecipare all'assemblea, che è l'organo che esprime la volontà della società; in tale sede può esercitare il proprio diritto di voto. Il primo comma dell'art. 2377 c.c. prevede che «le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti».

L'assemblea, dunque, viene organizzata in base a criteri sia di collegialità, per garantire una ponderata assunzione delle decisioni¹⁰², sia di maggioranza: in conseguenza di ciò, la deliberazione si intende adottata in modo efficace se riporta la maggioranza di voti favorevoli, secondo il criterio fissato dalle disposizioni di legge o di statuto. Si rileva infatti che, in coerenza con l'individuazione di tali esigenze, il requisito dell'unanimità riveste carattere eccezionale ed è richiesto solo in casi tassativi e in riferimento alla società a responsabilità limitata, come ad esempio nei casi previsti dall'art. 2468 c.c. riguardante le quote di partecipazione, oppure dall'art. 2368 c.c. sulla costituzione dell'assemblea e sulla validità delle deliberazioni.

Il criterio di unanimità, invece, è escluso nelle società per azioni, perché inidoneo a garantire il funzionamento dell'organo assembleare, anzi potrebbe addirittura rappresentare un meccanismo di intralcio¹⁰³ perché renderebbe più complesso e più lento il procedimento nella formazione della volontà societaria.

D'altra parte, seppure in tale contesto l'esigenza di procedere con modalità più agevoli e spedite appaia di immediata evidenza, garantita dall'applicazione del criterio di maggioranza, si discute se essa comporti però conseguentemente la maggiore probabilità di sacrificare gli interessi della minoranza¹⁰⁴. Rispetto a tale rilievo, la dottrina osserva che al potere della maggioranza è, però, connesso il concetto di maggiore rischio al quale essa è esposta stante gli investimenti economici prevalenti, rappresentati appunto dalla maggiore quantità dei voti da esprimere e quindi per questo determinanti¹⁰⁵.

¹⁰¹ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv.dir.comm.*, 1926, I, p.181.

¹⁰² P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 103.

¹⁰³ A. SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. COLOMBO e G.E. PORTALE, Torino, 1994, III, p. 53. Ss.

¹⁰⁴ C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 131.

¹⁰⁵ T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p.150.

2. È interessante esaminare in che cosa differiscono i profili dell'abuso della maggioranza, che è una clausola generale e non oggetto di una previsione espressa, da quelli del conflitto di interessi, che invece è previsto dal legislatore all'art. 2373 c.c.

In sintesi, estrema, è proprio questo il nodo che coinvolge il dibattito dottrinale e il punto di partenza nelle valutazioni giurisprudenziali: se sia possibile colmare il vuoto normativo ipotizzando un'applicazione analogica della sanzione di annullabilità, prevista dall'art. 2373 c.c., ai casi di abuso di maggioranza ¹⁰⁶.

È per questo necessario, in via preliminare, definire i perimetri entro i quali operano i due concetti. Per garantire lo scopo e la comunanza di intenti l'art. 2373 c.c., riguardante l'annullabilità delle deliberazioni, originariamente stabiliva che «Il diritto di voto non può essere esercitato dal socio nelle deliberazioni in cui egli ha, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società».

A seguito dell'intervento del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, il termine "socio" venne sostituito con "coloro"¹⁰⁷. L'articolo 2373 c.c. comma 1 risulta così modificato: «La deliberazione approvata con il voto determinante di coloro che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'articolo 2377 c.c. qualora possa recarle danno».

Si ricava che, ai fini dell'annullabilità, il voto non debba essere necessariamente esercitato dal socio, poiché anche il voto di chi non riveste tale qualifica, ma lo eserciti ad esempio in conseguenza di usufrutto, pegno o sequestro di azioni, potrebbe essere espresso in conflitto di interessi.

Tale modifica sottolinea e avalla il fondamento dell'articolo 2373 c.c., che individua dunque un conflitto tra un interesse extrasociale e un interesse sociale nell'ipotesi in cui il voto, espresso per realizzare un vantaggio personale e diverso da quello della società, sia risultato determinante ad arrecarle un danno.

Si tratta, quindi, di una fattispecie ben diversa dall'abuso della maggioranza, che lede i diritti della minoranza in una situazione di conflitto tra interessi interni, in un contesto endosocietario.

Nel primo caso il conflitto riguarda interessi contrastanti tra il socio e la società, nel secondo è un conflitto di interessi tra i soci.

Da tale impostazione deriva, per deduzione, che invece la lesione degli interessi del socio minoritario sarà giustificata quando la delibera realizza comunque gli interessi della società, come può avvenire

¹⁰⁶ A. TROISI, *L'abuso di maggioranza in caso di mancata distribuzione dei dividendi*, in *Giur. Comm.*, n. 4, 2024, p.856.

¹⁰⁷ E. CIVERRA, *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, Milano, 2011, p.161.

ad esempio, lo vedremo in seguito, in alcuni casi di aumento di capitale o di mancata distribuzione degli utili.

Dal dato normativo si ricavano ulteriori caratteristiche del conflitto di interessi; riguardo al lato soggettivo, l'annullabilità della delibera deriva dal fatto che il voto o i voti espressi in conflitto di interessi siano stati determinanti per raggiungere la maggioranza richiesta. Ne consegue che l'annullabilità è esclusa qualora la maggioranza sarebbe stata comunque raggiunta, quindi quando il voto viziato risulti numericamente influente a tale scopo¹⁰⁸, secondo il metodo della cosiddetta "prova di resistenza".

Un altro aspetto da considerare è che il conflitto di interessi, in base al dato normativo, deve essere preesistente all'esercizio del voto per determinare l'annullabilità, non essendo sufficiente che sopravvenga in un momento successivo¹⁰⁹.

Si ricava che, ai fini della configurazione del conflitto di interessi, il danno sia anche solo potenziale e non necessariamente concreto, in virtù dell'espressione utilizzata: «qualora possa recarle danno»¹¹⁰. Ulteriormente, si ritiene che l'interesse in conflitto non debba essere necessariamente patrimoniale, perché non espressamente dettagliato nella norma, potendo assumere quindi anche carattere di condizionamento psicologico¹¹¹.

In conclusione, se il punto di partenza di ogni riflessione è stato l'art. 2373 c.c. e la possibilità di applicare in via analogica questa disposizione¹¹², tale ipotesi è destinata a naufragare dal momento che la norma disciplina esclusivamente il conflitto di interessi del socio e quello della società.

Vedremo nei paragrafi successivi, ripercorrendo le tappe fondamentali dell'elaborazione giurisprudenziale su questo tema, come si sia approdati a un'importante soluzione. In realtà, l'abuso di potere è ugualmente sanzionato con l'annullamento delle deliberazioni assembleari, ma solo in due ipotesi specifiche, alternativamente quando la deliberazione non trovi giustificazione nell'interesse della società o quando sia il risultato di un'intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a ledere gli interessi della minoranza¹¹³.

¹⁰⁸ D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in Trattato delle società per azioni, UTET giuridica, Torino, 1993, p.138.

¹⁰⁹ Ivi.

¹¹⁰ Ivi.

¹¹¹ Ivi.

¹¹² A. TROISI, *L'abuso di maggioranza in caso di mancata distribuzione dei dividendi*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2024, p.856.

¹¹³ Ivi.

La figura dell'abuso di potere infatti viene tracciata e ricostruita, nel corso del tempo, dalla giurisprudenza.

Laddove l'ampiezza della clausola generale richiede, per l'applicazione ai casi concreti, di arricchirsi di definizioni più specifiche, la giurisprudenza esprime lo sforzo costante del diritto di aderire flessibilmente da un lato alle istanze della società in continua evoluzione e dall'altro al dover essere baricentro fisso. Le sentenze consentono proprio di apprezzare la ricerca continua della regola più equilibrata possibile, ancorandosi ai principi dettati dal legislatore riguardo ai rapporti societari. È proprio per effetto di tali pronunce che le clausole generali vengono tradotte in regole dei casi concreti.

In particolare, con la pronuncia della Cassazione del 26 ottobre 1995, n. 11151, in riferimento al giudizio di alcune delibere assembleari, si stabilisce che l'art. 1375 c.c. («il contratto deve essere eseguito secondo buona fede») è specificazione del principio generale di solidarietà che riguarda tutte le relazioni giuridiche; sulla base di tale presupposto, quindi, tutti gli atti societari rientrano nell'ambito dell'esecuzione del contratto.

La netta evidenza di questo presupposto deflagra, eliminando inutili esercizi speculativi; proprio a questa correlazione bisogna ispirarsi per disciplinare la questione dell'abuso di maggioranza a partire da questa pronuncia in poi, che molti autori, per questo, definiscono una pietra miliare.

È per effetto di tale connessione tra atti societari ed esecuzione contrattuale (in cui governano le regole della buona fede e correttezza) che il tema del divieto di abuso del diritto permea la disciplina societaria.

La giurisprudenza recente ritiene che la buona fede e la correttezza siano gli strumenti normativi più idonei a garantire un efficace controllo sull'operato della maggioranza. Per questo deve ritenersi che sussista abuso del diritto quando una delibera assembleare è adottata dalla maggioranza a danno dei soci e dell'interesse comune¹¹⁴.

Tra le ipotesi di abuso più frequenti, esamineremo di seguito lo scioglimento anticipato di società, l'aumento di capitale e la mancata distribuzione dei dividendi.

3. Importanti spunti di riflessione sono offerti proprio dalla sentenza della Corte di Cassazione, I Sezione Civile, 26 ottobre 1995, n. 11151, detta “sentenza Marziale” dal nome del relatore¹¹⁵. La pronuncia trae origine dalla richiesta di un socio affinché la delibera di una società di capitali fosse sospesa e quindi dichiarata «nulla, illecita, inesistente e comunque invalida» perché adottata a proprio esclusivo vantaggio dai soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza. In particolare, si

¹¹⁴A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p.12.

¹¹⁵Cass.civ. Sez. I, 26.10.1995, n.11151, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p.574.

assumeva che la delibera di scioglimento anticipato della società fosse stata adottata al solo scopo di estromettere il socio ricorrente durante la sua assenza. La Cassazione ha ritenuto che tale delibera fosse illegittima ed impugnabile a norma dell'art. 2377 cod. civ., essendo applicabile in materia l'art. 1375 cod. civ., in base al quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, atteso che le determinazioni dei soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, perché preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale. È utile ripercorrere i fatti del giudizio e l'*iter* argomentativo che hanno portato all'elaborazione di tale pronunciamento, al fine di coglierne e apprezzarne compiutamente il significato, che è divenuto riferimento per la successiva giurisprudenza.

L'attore, titolare di una quota pari al 30% del capitale della società convenuta, deduceva che l'assemblea straordinaria di detta società, riunitasi in sua assenza, ne aveva deliberato lo scioglimento anticipato; tale scioglimento non era in alcun modo giustificato poiché l'andamento della gestione era largamente in attivo, era quindi evidente che la delibera era stata adottata all'unico scopo di estrometterlo, asseriva, inoltre, che alcuni soci che avevano partecipato alla deliberazione versavano in una situazione di conflitto di interessi.

La società, costituitasi in giudizio, si opponeva e affermava che il presunto conflitto era inesistente, poiché l'ente che aveva partecipato alla votazione e del quale si presumeva la posizione di conflitto, si era sciolto per la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale e non era quindi più operante.

Il Tribunale rigettava la richiesta, visto che lo scioglimento anticipato della società era stato deciso con una maggioranza pari al 70% del capitale sociale.

Quindi, per tale motivo, non poteva essere sindacata in quella sede la decisione assunta con la delibera ritenuta valida, «neppure sotto il profilo dell'eccesso di potere, dell'abuso di maggioranza, della violazione del principio di buona fede». La sentenza veniva successivamente impugnata dal socio estromesso. Egli infatti deduceva che, contrariamente a quanto affermato dai giudici di primo grado, «l'eccesso di potere, l'abuso della maggioranza e la violazione del principio di buona fede invece costituiscono motivi di invalidità delle delibere assembleari».

In risposta a tale rilievo la Corte territoriale, richiamandosi ad una precedente pronuncia della Corte di Cassazione¹¹⁶, affermava che, una volta manifestata dalla maggioranza la volontà dei soci nelle forme legali di procedere allo scioglimento della società, non sarebbe «consentito dare rilievo ai motivi che hanno indotto i soci maggioritari a prendere detta decisione agli effetti che possano

¹¹⁶ Cass. 29 maggio 1986. n. 3628

derivarne a carico dei soci», poiché il controllo dell'autorità giudiziaria sull'assemblea è di mera legittimità ed «è quindi limitato all'accertamento della conformità delle delibere adottate alla legge e all'atto costitutivo».

Proprio su questo punto della decisione venne impostato il ricorso del socio estromesso, il quale denunciava la violazione degli artt. 2373 e 1375 c.c., assumendo che le delibere assembleari sono illegittime, e quindi invalide, anche quando siano adottate dalla maggioranza dei soci solo al fine di conseguire un proprio personale vantaggio a danno della minoranza.

Dunque, è proprio questo il nodo cruciale: stabilire se l'aderenza formale al dettato della norma possa essere sufficiente per ritenere valida una delibera o se, viceversa, debba essere valutata la concreta applicazione della clausola generale di correttezza e buona fede.

La Corte di Cassazione ritenne fondate le doglianze del ricorrente, affermando «che il precedente addotto dalla Corte territoriale a sostegno della decisione adottata non è di alcun conforto alla tesi accolta dalla sentenza impugnata».

La Corte sosteneva chiaramente, proprio con riferimento all'ipotesi in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio, il principio secondo cui le delibere assembleari possono essere invalidate, sotto il profilo dell'abuso o eccesso di potere, quando risultino preordinate dai soci di maggioranza per danneggiare gli altri. Rilevava inoltre che, in riferimento ai presupposti normativi citati dal ricorrente, appariva dubbia l'applicabilità dell'art. 2373 c.c. al caso di specie: detta disposizione, infatti, riguarda il caso in cui il socio abbia per conto proprio o di terzi un interesse che è in conflitto con quello della società; invece, nell'ipotesi considerata, il conflitto si manifestava esclusivamente tra i soci stessi, senza pregiudicare la società.

L'applicabilità dell'art. 1375 c.c., cui pure si appella il ricorrente, veniva confermata: il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, vale a dire con un impegno di cooperazione che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere dagli obblighi espressamente assunti con il contratto, siano idonei a soddisfare le legittime aspettative dell'altra parte.

Secondo la Cassazione, in conformità con l'orientamento maggioritario, cadeva dunque ogni ostacolo all'applicazione in materia dell'art. 1375 c.c., che è espressione del principio di solidarietà al quale si uniformano tutti i rapporti giuridici obbligatori, vincolando le parti al dovere di lealtà e rispetto degli altri soggetti.

Tale aspetto è determinante, il sistema del codice infatti estende i confini del contratto fino a comprendere ogni accordo di due o più parti per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.); proprio in ragione di questa interpretazione estensiva, «anche le determinazioni prese dai soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, perché preordinati alla migliore

attuazione del contratto sociale. L'art. 1375 c.c., del resto, costituisce specificazione di un più generale principio di solidarietà che abbraccia tutti i rapporti giuridici obbligatori, anche di origine non contrattuale, vincolando le parti al dovere di lealtà e rispetto della sfera altrui (art. 1175 c.c.). Ma è ancora più importante sottolineare che l'esistenza di un dovere di lealtà e di correttezza a carico dei soci, nei loro reciproci rapporti, è desumibile, oltre che dalla disciplina generale del diritto delle obbligazioni anche dalle norme che più direttamente riguardano il diritto delle società. Infatti, a differenza di quanto avviene nei contratti di scambio, nei quali l'avvenimento che soddisfa l'interesse di uno dei contraenti è diverso da quello che soddisfa l'interesse dell'altro, in questo caso la realizzazione dell'interesse dipende, per ognuno, dal conseguimento di una finalità mediata, comune per tutti».

La sentenza, inoltre, si sofferma anche a precisare che: «Con il contratto di società viene costituita, in effetti, una comunione di interessi, la cui esistenza, mentre dà ragione della subordinazione della volontà del singolo socio a quella della maggioranza (in base alla considerazione che il voto, pur essendo rimesso al libero apprezzamento di ciascuno, e pur sempre attribuito in funzione del perseguimento di uno scopo comune), esclude al tempo stesso che il voto stesso possa essere legittimamente esercitato per realizzare finalità particolari, estranee alla causa del contratto di società come è confermato dall'art. 2373 c.c., che non va pertanto riguardato come norma eccezionale, ma quale espressione dell'esigenza che i rapporti all'interno della società si realizzino attraverso comportamenti coerenti con gli scopi per i quali il contratto sociale è stato stipulato».

Non può quindi dubitarsi dell'illegittimità di una delibera assembleare che, per quanto formalmente regolare, risulti in concreto preordinata ad avvantaggiare alcuni soci in danno di altri al fine di conseguire obbiettivi del tutto estranei all'interesse della società.

Riguardo all'invalidità della delibera, la sentenza fornisce ulteriori criteri di specificazione sulla normativa da applicare. Infatti, secondo quanto stabilito dall'art. 2379 c.c., le delibere sono nulle solo quando il loro oggetto sia impossibile ovvero sia illecito, vale a dire contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1344 c.c.).

Ma tale situazione è evidentemente diversa dalla deliberazione assembleare che lede i diritti di alcuni soci, e quindi gli interessi la cui tutela è affidata dalla legge all'iniziativa dei rispettivi titolari: in tal caso, pertanto, la deliberazione è impugnabile a norma dell'art. 2377 c.c.

Anche con la sentenza del 12 dicembre 2005 n. 27387¹¹⁷, la Corte di Cassazione conferma il proprio orientamento e chiarisce ulteriormente il tema, fissando nuovi criteri di valutazione in ordine all'abuso da parte della maggioranza.

¹¹⁷ Cass.civ., Sez.I, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Dejure*, 2005.

Veniva contestata la delibera con la quale i soci di maggioranza di una società in fallimento avevano sciolto anticipatamente la società; si riteneva infatti che tale decisione non corrispondesse all'interesse sociale e che invece fosse posta in essere esclusivamente per garantire finalità extrasociali, arrecando un danno ai soci di minoranza.

In tale contesto si contrapponevano dunque da un lato l'interesse del socio di maggioranza a riscuotere il capitale mediante scioglimento e ad evitare i danni prevedibili derivanti dal trend negativo; dall'altro lato l'Interesse degli altri soci a proseguire e a investire nell'attività, apprestando le misure necessarie per migliorare la situazione finanziaria.

La Cassazione precisava che i soci, con la costituzione della società, stipulando un contratto, assumono l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nei loro rapporti, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., la cui funzione è integrativa del contratto sociale, nel senso di imporre il rispetto degli equilibri degli interessi di cui le parti sono portatrici.

La portata generale della clausola viene così rappresentata: «Tale canone generale non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, ma rileva soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al contemperamento degli opposti interessi».

Inoltre, proprio per questo, si profila il limite del diritto di voto: la regola di maggioranza prescrive al socio non di esercitare il diritto di voto in funzione di un predeterminato interesse, ma di esercitarlo liberamente e legittimamente per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno.

Coerentemente con tale criterio, la sentenza della Corte di Cassazione n. 27387 del 12.12.2005 giunge a specificare due possibili circostanze nelle quali si configura l'abuso della regola di maggioranza e che sono, di conseguenza, causa di annullamento delle deliberazioni assembleari. Una ipotesi si verifica allorché la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale; l'altra ipotesi ricorre quando la delibera rappresenti il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretto a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*¹¹⁸.

¹¹⁸ È stato chiarito che ricorre tale ultima situazione quando il voto determinante del socio (o dei soci) di maggioranza è stato espresso allo scopo di ledere interessi degli altri soci oppure risulta in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto. cfr. Cass. 20 gennaio 2011, n. 1361; Cass. 11 giugno 2003, n. 9353.

Ne discende che all'infuori di queste ipotesi quindi, cioè «di un esercizio “ingiustificato” ovvero “fraudolento” del potere di voto ad opera dei soci maggioritari, resta preclusa ogni possibilità di controllo in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla votazione della delibera di scioglimento anticipato della società, essendo insindacabili le esigenze relative all'economia individuale del socio che possano averlo indotto a votare per tale soluzione dissolutiva».

Da tale insindacabilità in sede giudiziaria deriva il corollario «che la relativa prova incombe sul socio di minoranza, il quale dovrà a tal fine indicare i “sintomi” di illiceità della delibera – deducibili non solo da elementi di fatto esistenti al momento della sua approvazione, ma anche da circostanze verificatesi successivamente – in modo da consentire al giudice di verificarne le reali motivazioni e accertare se effettivamente abuso vi sia stato».

Il punto centrale della pronuncia è quindi il criterio discriminante tra l'abuso e il conflitto di interessi, che viene come di seguito chiarito e riepilogato:

«ai fini dell'annullamento per conflitto di interessi ai sensi dell'art. 2373 cod. civ., è essenziale che la delibera sia idonea a ledere l'interesse sociale, inteso come l'insieme di quegli interessi che sono comuni ai soci, in quanto parti del contratto di società, e che concernono la produzione del lucro, la massimizzazione del profitto sociale (ovverosia del valore globale delle azioni o delle quote), il controllo della gestione dell'attività sociale, la distribuzione dell'utile, l'alienabilità della propria partecipazione sociale e la determinazione della durata del proprio investimento. Pertanto, si ha conflitto di interessi rilevante quale causa di annullabilità delle delibere assembleari quando vi è, di fatto, un conflitto tra un interesse non sociale e uno qualsiasi degli interessi che sono riconducibili al contratto di società».

La decisione finale, in base alle motivazioni addotte nella premessa, riguarda il fatto che:

«non è impugnabile per conflitto di interessi la delibera di scioglimento anticipato della società ex art. 2448 n. 5 cod. civ. (ora art. 2484 n.6 cod. civ.) in quanto la situazione di conflitto rilevante ai fini dell'art. 2373 cod. civ. deve essere valutata con riferimento non già a configgenti interessi dei soci, bensì a un eventuale contrasto tra l'interesse del socio e l'interesse sociale inteso come l'insieme degli interessi riconducibili al contratto di società tra i quali non è ricompreso l'interesse della società alla prosecuzione della propria attività, giacché la stessa disciplina legale del fenomeno societario consente che la maggioranza dei soci ponga fine all'impresa comune senza subordinare tale decisione ad alcuna condizione».

Ne deriva la conseguenza che la prosecuzione della propria attività imprenditoriale non è annoverabile tra gli interessi sociali, poiché sarebbe in contrasto con l'interesse sociale allo scioglimento della società stabilito dall'art. 2484 c.c.

La pronuncia del 2005 rispetto a quella del 1995 puntualizza che «il canone di buona fede in senso oggettivo non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, ma rileva soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al temperamento degli opposti interessi i quali, nel dinamismo proprio dell'ordinamento societario, sono destinati a trovare adeguata composizione nell'ambito del procedimento deliberativo».

Inoltre, si rileva un'altra specificazione rispetto alla sentenza del 1995. Nell'ammettere che lo scioglimento anticipato possa configurare l'abuso, ne restringe l'applicabilità: è necessario dimostrare l'esercizio fraudolento o ingiustificato del potere di voto, che deve concretamente corrispondere alla specifica intenzionalità dannosa del voto.

L'onere della prova rappresenta in tal modo il limite alla tutela della minoranza, poiché è esclusa la valutazione del Giudice sulle libere determinazioni dell'autonomia privata provenienti dagli organi della società.

In conclusione, la delibera di scioglimento anticipato della società è viziata da conflitto di interessi ed è quindi annullabile ex art. 2373 c.c. quando sussiste in concreto un conflitto tra un interesse non sociale perseguito dai soci, ed uno qualsiasi degli interessi riconducibili al contratto sociale, come sopra definiti.

Il conflitto di interessi tra i soci configura abuso o eccesso di potere.

4. Un altro caso che può configurare abuso di maggioranza è la mancata distribuzione dei dividendi. Tale circostanza è stata recentemente oggetto di esame da parte del Tribunale di Roma (sentenza 19 gennaio 2023, n. 907¹¹⁹).

I soci di minoranza di una S.p.A. chiedevano l'annullamento di una delibera dell'assemblea, assunta nel giugno del 2020 con il voto favorevole e determinante del socio di maggioranza assoluta; la parte lamentava un presunto abuso di maggioranza, stante la carenza di motivazione della deliberazione stessa con la quale gli utili erano stati portati a nuovo e non distribuiti.

¹¹⁹ Tribunale Roma, 19 gennaio 2023, n.907, Sez. spec. Impresa.

Gli attori, a conforto della loro richiesta, evidenziavano che la società aveva prodotto utili dal 2014, ma che negli ultimi sei anni consecutivi non erano stati distribuiti dividendi ai soci ¹²⁰.

Successivamente alla proposizione di impugnazione della minoranza, l'assemblea adottava una nuova delibera sostitutiva di quella impugnata, che conteneva ampia illustrazione delle ragioni economiche che avevano condotto a quella decisione, consistenti nella necessità di accantonare gli importi a copertura di lavori straordinari già svolti e ancora in corso, necessari a realizzare adeguamenti normativi e all'ampliamento della struttura aziendale ¹²¹.

Gli attori non impugnavano la seconda deliberazione per dimostrarne la pretestuosità, limitandosi ad insistere per l'accertamento di annullabilità della prima deliberazione ¹²².

Proprio per effetto della mancata impugnazione da parte dei soci di minoranza della seconda delibera, il Tribunale di Roma ritenne sanato il difetto di motivazione, originariamente lamentato, dichiarando quindi cessato la materia del contendere ¹²³. Il mancato accoglimento della domanda nel caso di specie è stato determinato, quindi, dalla condotta processuale dell'attore piuttosto che da aspetti riguardanti la vicenda dal punto di vista sostanziale e dall'esame puntuale della condotta del socio di controllo ¹²⁴. Si ritiene pacifico che il giudice non possa pronunciarsi sulla validità della deliberazione impugnata nel caso in cui questa venga sostituita, con efficacia retroattiva, da altra delibera conforme alla legge e allo statuto ¹²⁵.

Riguardo invece al tema centrale, che è rappresentato dall'abuso di maggioranza, è necessario definire la posizione del socio rispetto al dividendo. Il Tribunale di Roma rileva che il diritto alla percezione dei dividendi non sorge in capo al socio per il solo fatto che la società abbia maturato degli utili nel corso dell'esercizio e che questi risultino dal bilancio. È invece necessario che la distribuzione degli stessi venga espressamente deliberata dall'assemblea, come disposto dall'art. 2433 c.c.; in assenza di tale delibera il socio non può ancora vantare un credito, ma soltanto un'aspettativa di guadagno ¹²⁶. Dunque, la decisione di non distribuire gli utili non è sindacabile e non richiede per questo motivazione alcuna, in quanto tale scelta non ha carattere residuale rispetto ad una presunta regola che imporrebbe, invece, la distribuzione; tuttavia si precisa, aderendo agli indirizzi giurisprudenziali prevalenti, che la delibera è annullabile per violazione del dovere di correttezza e buona fede se assunta dalla maggioranza al solo scopo di ledere gli interessi dei soci di minoranza. Grava sul socio

¹²⁰ C. PICCIAU, *Decisioni in ordine alla distribuzione dell'utile e abuso della maggioranza*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2024, p. 868.

¹²¹ *Ivi.*

¹²² A. TROISI, *L'abuso di maggioranza in caso di mancata distribuzione dei dividendi*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2024, p. 856.

¹²³ C. PICCIAU, *Decisioni in ordine alla distribuzione dell'utile e abuso della maggioranza*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2024, p. 868.

¹²⁴ *Ivi.*

¹²⁵ A. TROISI, *L'abuso di maggioranza in caso di mancata distribuzione dei dividendi*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2024, p. 856.

¹²⁶ *Ivi.*

di minoranza l'onere di provare che la decisione di accantonare gli utili ha leso ingiustificatamente la sua aspettativa di conseguire il rendimento maturato con il suo investimento¹²⁷.

Nelle ipotesi di abuso della maggioranza come quella esaminata dalla sentenza del Tribunale di Roma, infatti, la capacità lesiva dell'atto può valutarsi esclusivamente in concreto.

Il Giudice aderisce all'orientamento espresso con la sentenza della Cassazione del 1995 n. 11151 confermando che il socio è vincolato dai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, quindi non può esercitare i propri diritti e prerogative al solo fine di pregiudicare gli interessi degli altri soci. Le determinazioni prese dai soci durante lo svolgimento del rapporto associativo devono essere considerate a tutti gli effetti atti di esecuzione contrattuale, sottoposti all'obbligo di agire in buona fede ai sensi dell'art. 1375 c.c., espressione del principio di solidarietà¹²⁸.

Applicando tale impostazione al caso di specie, si tratta di considerare la situazione in cui chi esercita la direzione unitaria è in grado di trarre, da una decisione apparentemente pregiudizievole per la società, un beneficio, escludendo da tale vantaggio gli altri soci. Ma è da tener presente, allo stesso tempo, che la decisione di non distribuire gli utili non comporta di per sé uno svantaggio automatico, non consiste in alcuna distribuzione non proporzionale, selettiva o asimmetrica delle risorse, in benefici o vantaggi a favore del socio di controllo, con esclusione della minoranza, né implica conseguenze antieconomiche per la società. Inoltre, è da ponderare l'aspetto simmetrico: non è automaticamente vero che la mancata distribuzione degli utili possa rappresentare un pregiudizio per il socio di minoranza, in termini di redditività o valore¹²⁹.

Per individuare il contenuto dell'abuso, il Tribunale di Roma, in assenza di una norma che ne disponga espressamente la sanzione, fa riferimento alla giurisprudenza, in particolare alla sentenza della Cassazione n.11151/1995 che abbiamo già analizzato nel paragrafo precedente, che riconnette l'abuso alle ipotesi in cui la decisione assunta dai soci in assemblea non trovi giustificazione nell'interesse della società, in quanto ispirata al perseguimento, da parte dei soci di maggioranza, di un interesse antitetico a quello sociale oppure sia il risultato di un'intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari, diretta a provocare la lesione dei soci di minoranza. Nonostante entrambe le descritte opposte situazioni rientrino nella categoria dell'abuso del diritto, rappresentano due modi diversi di concepire l'abuso poiché l'interesse sociale emerge soltanto nel primo di essi, pur se le due ipotesi siano rappresentate in termini di equivalenza alternativa¹³⁰.

¹²⁷Ivi.

¹²⁸ Ivi.

¹²⁹ C. PICCIAU, *Decisioni in ordine alla distribuzione dell'utile e abuso della maggioranza*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2024, p. 868.

¹³⁰ A. TROISI, *L'abuso di maggioranza in caso di mancata distribuzione dei dividendi*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2024, p.856.

In conclusione, i soci di minoranza, che richiedono l'annullamento della delibera per abuso di potere, devono dimostrare l'esercizio fraudolento o ingiustificato del potere di voto, non potendo l'abuso desumersi dalla valutazione discrezionale del socio che si presume leso riguardo ai propri interessi¹³¹.

5. Uno dei casi che offre maggiori spunti di indagine per delineare la figura di abuso della maggioranza è quello dell'aumento del capitale sociale, poiché tale operazione è la «tecnica più diffusa per eliminare gli effetti di un'indesiderata partecipazione di soci di minoranza impossibilitati a sottoscrivere l'aumento»¹³².

Tale circostanza non è però facilmente catalogabile perché riveste carattere di ambiguità: da un lato allude alla volontà della maggioranza di rafforzare il peso che già detiene nel potere deliberativo, fino a poter neutralizzare il contributo della minoranza, dall'altro in realtà non esprime però una volontà contraria all'interesse sociale, dal momento che l'aumento del capitale rappresenta un vantaggio collettivo per la società.

La delibera di aumento del capitale deve essere approvata «con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale» ai sensi degli artt. 2479 e 2479 *bis* c.c. Quindi, a meno che lo statuto non preveda una diversa maggioranza qualificata, i soci di maggioranza potrebbero deliberare anche nel caso in cui quelli di minoranza dissentissero.

Se l'aumento è stato disposto al solo fine di nuocere al socio di minoranza, diluendo la sua partecipazione e quindi rendendola irrilevante, la delibera è annullabile per applicazione dell'art. 1375 c.c. che impone il rispetto del principio di buona fede. Se, invece, la delibera corrisponde ad un interesse della società, allora sarà legittima.

Nell'ambito di tale riflessione, bisogna considerare un ulteriore aspetto sul quale incide l'indebolimento della partecipazione della minoranza: esso è rappresentato dal fatto che l'art. 2377 c.c. prevede uno sbarramento alla possibilità di richiedere l'impugnazione da parte della minoranza: «l'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre».

¹³¹ Ivi.

¹³² M.R. DE RETIS, *Legittimazione dei soci ex art. 2409 c.c. e squeezouts of the minority*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 260.

Dunque, la diluizione della partecipazione della minoranza potrebbe addirittura pregiudicare la proposizione dell'annullamento della delibera, se arrivasse a compromettere le percentuali minime richieste.

Diviene utile allo svolgimento di questo tema fare riferimento ad un caso concreto e ripercorrere le motivazioni della sentenza del Tribunale di Milano del 31 gennaio 2022, n. 804, Sez. spec. Impresa¹³³, in merito all'impugnazione di una delibera assembleare di aumento di capitale di una S.r.l. per presunta condotta abusiva della maggioranza.

Con una delibera del 20 luglio del 2018 la società aumentava, raddoppiandolo, il proprio capitale sociale. In conseguenza di ciò, con atto di citazione del 18 ottobre 2019, alcuni soci di minoranza chiedevano la declaratoria di invalidità della delibera di aumento del capitale, perché finalizzata a perseguire interessi extrasociali dei soci di maggioranza riguardanti il finanziamento di una cooperativa; inoltre tale operazione si rivelava dannosa per la società perché implicante la perdita della partecipazione nella partecipata; la richiesta si basava anche sul fatto che la decisione risultava finalizzata a conseguire lo scopo abusivo di diluire le partecipazioni dei soci di minoranza, riducendo sensibilmente il valore delle partecipazioni degli stessi¹³⁴.

La Società, costituitasi in giudizio, dichiarava che l'aumento di capitale corrispondeva invece all'interesse sociale perché finalizzato a dotare la società di un assetto idoneo a garantirle l'accesso ai contributi ministeriali riservati alle imprese editrici a capitale interamente posseduto da cooperative¹³⁵.

Il Tribunale di Milano ha dunque vagliato l'ipotesi della sussistenza di un abuso di maggioranza derivante dall'aumento di capitale sociale, ripercorrendo, nell'analisi del caso, le elaborazioni giurisprudenziali riferite a precedenti pronunce, come sinteticamente riportato di seguito.

L'abuso di maggioranza costituisce nell'ambito societario una declinazione dell'abuso del diritto e risponde alla finalità di sindacare le deliberazioni assembleari che, pur non violando espressamente norme di legge o statutarie, determinano pregiudizi per i soci di minoranza¹³⁶.

Conformemente alle pronunce della Cassazione sullo stesso tema, va considerato il fondamento normativo del divieto di abuso della maggioranza nel rispetto dei canoni generali di buona fede e correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c. Si tratta dell'orientamento consacrato dalla nota pronuncia della Cassazione del 1995 n. 11151, che ha qualificato le decisioni dei soci quali atti esecutivi del contratto di società e come tali sottoposti all'obbligo di agire secondo buona fede e di un più generale principio di solidarietà¹³⁷.

¹³³ F. PICCIONE, *Aumento di capitale e abuso della maggioranza*, in *IUS Societario*, 2022

¹³⁴ *Ivi.*

¹³⁵ *Ivi.*

¹³⁶ *Ivi.*

¹³⁷ *Ivi.*

Si rileva che in effetti i soci di maggioranza potrebbero approfittare delle asserite esigenze di capitalizzazione e della eventuale illiquidità dei soci di minoranza, per diluire la loro partecipazione e accrescere la propria, intesa sia come maggiore valore patrimoniale che come diritti sociali esercitabili ad essa correlati¹³⁸. Si aggiunga che la società, come deciso in precedenza dal Tribunale di Milano il 6 dicembre 1990¹³⁹, non ha «l'obbligo di tenere conto della situazione patrimoniale del singolo socio, in modo da deliberare aumenti di capitale nei soli casi in cui vecchi azionisti possano disporre in concreto dei mezzi finanziari occorrenti per sottoscrivere le nuove azioni nella misura proporzionale spettante».

Si conclude, quindi, che l'aumento di capitale è da considerarsi opportuno se è rispondente ad una effettiva esigenza della società; in tal caso l'interesse del socio di maggioranza a dotare la società di nuove risorse prevale rispetto all'interesse del socio di minoranza a conservare integra la propria partecipazione al capitale sociale¹⁴⁰.

Si considera invece inutile l'aumento di capitale se viene deciso in un momento in cui la società non abbia manifestamente bisogno di nuovi mezzi, oppure quando non determini alcun incremento della redditività della partecipazione sociale (Tribunale Napoli, 25 febbraio 1998)¹⁴¹.

Sulla base del percorso argomentativo sopra riportato, il Tribunale ha rigettato l'impugnazione della delibera assembleare in esame, affermando che l'aumento del capitale corrispondesse all'interesse sociale e fosse stato attuato con modalità tali da escludere la condotta abusiva da parte del socio di maggioranza¹⁴².

Tale decisione è coerente con l'indirizzo prevalente di garantire l'interesse sociale al reperimento di nuove risorse rispetto a quello particolare del socio di minoranza a mantenere intatta la propria partecipazione al capitale di rischio¹⁴³.

6. Le considerazioni fin qui svolte, sono propedeutiche a fornire una soluzione al quesito posto all'inizio del capitolo, se sia, cioè, possibile applicare l'art 2373 c.c. (conflitto d'interessi), alla delibera viziata da abuso di potere della maggioranza. Sembra doveroso concludere che a tale atto non potrà, dunque, applicarsi per analogia la disciplina prevista dall'art. 2373 c.c., che prevede la

¹³⁸ Ivi.

¹³⁹ Tribunale Milano, 6 dicembre 1990, in *Foro It. Vol. 115, Parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1992)*, pp. 2257/2258-2267/2268

¹⁴⁰ Trib. Milano Sez. spec. Impresa, 31 gennaio 2022, n. 804, in *Foro it. Vol. 112, 1989, Parte Seconda: Giurisprudenza Penale*.

¹⁴¹ Trib. Napoli 25 febbraio 1998, in *Foro it*, 1999, Parte Prima, 1055.

¹⁴² F. PICCIONE, *Aumento di capitale e abuso della maggioranza*, in *IUS Societario*, 2022.

¹⁴³ Ivi.

sanzione di annullabilità solo allorquando si configuri un conflitto di interessi. Tuttavia, in aderenza alle pronunce giurisprudenziali esaminate e per le ragioni addotte dalla giurisprudenza, l'abuso di potere è ugualmente sanzionato ed è causa di annullamento delle delibere assembleari nel caso in cui non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società e quando sia il risultato di un intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a ledere i diritti di partecipazione e gli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*, essendo rivolta al conseguimento di interessi extrasociali.

La tutela apprestata a favore dei soci lesi in conseguenza di deliberazioni "abusive" sarà l'annullabilità di quest'ultime; a tale conclusione si deve pervenire non tramite l'applicazione dell'art. 2373 c.c., ma in virtù di quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 2377 c.c. «Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale». Tale previsione stabilisce una regola di applicazione generale che consente di sanzionare con l'annullabilità ogni situazione la quale, pur non espressamente regolata, sia comunque incoerente con le norme di legge o con lo statuto della società¹⁴⁴. Ecco, quindi, che nell'ambito delle strutture societarie capitalistiche governate dal principio di maggioranza, la minoranza è tenuta a conformarsi alle delibere, a condizione che le norme procedurali e sostanziali vengano correttamente applicate e rispettate¹⁴⁵.

La *ratio* di questa particolare impostazione corrisponde alla preoccupazione del legislatore di garantire, nell'ambito delle S.p.A., la certezza e stabilità delle delibere assembleari. In coerenza con tale esigenza, proprio al fine di impedire impugnazioni strumentali, l'art. 2377 c.c. al terzo comma prevede soglie di sbarramento all'impugnazione, tali soglie riguardano solo le S.p.A. e non le società a responsabilità limitata¹⁴⁶: «L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito. Per l'impugnazione delle deliberazioni delle assemblee speciali queste percentuali sono riferite al capitale rappresentato dalle azioni della categoria».

Questa disposizione regola la legittimazione all'impugnazione dal punto di vista soggettivo, correlandolo alla percentuale economica del capitale sociale¹⁴⁷.

¹⁴⁴ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p.30.

¹⁴⁵ Ivi.

¹⁴⁶ A. SIMIONATO, *L'abuso di maggioranza. Profili e limiti del controllo sulla maggioranza nelle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 109.

¹⁴⁷ Ivi, p.110.

Le soglie di sbarramento differiscono a seconda dei casi: nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, cosiddette società aperte, l'azione può essere proposta da tanti soci che rappresentino almeno l'uno per mille del capitale della società, mentre nelle altre società, cosiddette chiuse, lo sbarramento è al raggiungimento del cinque per cento del capitale sociale¹⁴⁸.

Tale previsione va letta in correlazione all'art. 2378 c.c. comma 2: «Il socio o i soci oppositori devono dimostrarsi possessori al tempo dell'impugnazione del numero delle azioni previsto dal terzo comma dell'articolo 2377. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 111 del Codice di procedura civile, qualora nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimenti per atto tra vivi il richiesto numero delle azioni, il giudice, previa se del caso revoca del provvedimento di sospensione dell'esecuzione della deliberazione, non può pronunciare l'annullamento e provvede sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto».

Dunque, la soglia minima di partecipazione disposta con l'art. 2377 c.c. comma tre, che è condizione di legittimazione all'impugnazione, deve permanere in capo ai soci che la propongono per tutta la durata del procedimento. Tale requisito è posto in funzione di garanzia per i soci che, in ogni caso, già vedono bloccata la deliberazione per tutto il tempo del processo. La stessa garanzia è posta anche in riferimento ad eventuali condotte della maggioranza che potrebbe sfruttare altri espedienti, potrebbe ad esempio impedire iniziative della minoranza volte ad impugnare deliberando un aumento di capitale che riduca la partecipazione del socio impugnante, portandola al di sotto della soglia richiesta¹⁴⁹.

Ci sono inoltre dei casi previsti al comma cinque dello stesso articolo in cui, anche in presenza di violazioni di legge o dello statuto, la delibera non è comunque annullabile: «La deliberazione non può essere annullata: 1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369; 2) per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta; 3) per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, salvo che impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione».

Per quanto riguarda gli aspetti processuali dell'impugnazione, l'art. 2378 c.c. prevede che il giudizio venga instaurato davanti al tribunale del luogo dove la società ha la sede sociale, mediante un atto di citazione.

Riguardo ai termini per la presentazione il comma sei dell'art. 2377 c.c. prevede: «L'impugnazione o la domanda di risarcimento del danno sono proposte nel termine di novanta giorni dalla data della

¹⁴⁸ Ivi.

¹⁴⁹ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p.31.

deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro novanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro novanta giorni dalla data di questo».

Resta a questo punto un'ultima riflessione: lo sbarramento alla legittimazione a proporre l'impugnazione, disposta con il comma cinque dell'art. 2377c.c., risponde sicuramente al criterio di tutelare la gestione sociale da impugnazioni strumentali e pretestuose. Sembra però lasciare irrisolto un problema: qualora l'abuso sussista, non sembra plausibile che l'irrilevanza della percentuale richiesta comporti anche l'irrilevanza dell'abuso commesso. Come approdare ad ottenere una sanzione del comportamento contrario ai canoni di correttezza e buona fede e al principio più ampio di solidarietà richiamati dalla giurisprudenza?

L'art. 2377 c.c. al quarto comma dispone: «i soci che non rappresentano la parte di capitale indicata nel comma precedente e quelli che, in quanto privi di voto, non sono legittimati a proporre l'impugnativa hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto».

Da quanto sopra, emerge chiara la risposta al quesito sopra esposto, visto che l'ordinamento prevedendo comunque la possibilità del risarcimento, crea un necessario contrappeso rispetto alla impossibilità di impugnare. In ogni caso, però, la tutela risarcitoria riveste carattere subordinato e residuale rispetto alla tutela reale rappresentata dalla possibilità di ottenere l'annullamento¹⁵⁰. Ne emerge un complesso e articolato insieme di disposizioni che compongono un sistema volto a contemperare diverse, contrapposte e importanti esigenze: tutelare il socio di minoranza rispetto ad arbitrarie e strumentali decisioni e, al tempo stesso, compensare il maggior rischio cui è esposto chi investe maggiori risorse.

¹⁵⁰ Ivi, p. 38.

Capitolo III

L'abuso della minoranza

Sommario: 1. Inquadramento della fattispecie - 2. Ipotesi di abuso - 3. Richiesta strumentale di convocazione dell'assemblea - 4. L'abbandono dell'assemblea - 5. Abuso di minoranza di blocco - 6. Copertura di perdite superiori al capitale sociale - 7. Impugnativa pretestuosa della delibera di approvazione del bilancio di esercizio - 8. Conseguenze dell'abuso.

1. L'ipotesi di configurazione di abuso, nell'ambito della delibera assembleare, non è connessa esclusivamente alla preponderanza della percentuale di partecipazione, essendo determinabile anche dalla condotta della minoranza che usi le prerogative che le vengono riconosciute allo scopo di intralciare lo svolgimento dell'attività sociale.

Si tratta di un meccanismo che la dottrina spesso definisce genericamente “ostruzionismo”¹⁵¹: esso si annida e sviluppa più agevolmente ove si verifichi la dispersione del capitale sociale in una miriade di azionisti, generando ostacoli alla formazione espressa della volontà sociale¹⁵².

La dottrina, a proposito del termine “minoranza”, elabora due accezioni che ne definiscono meglio il ruolo e gli aspetti connessi che consentono di speculare per ottenere vantaggi o procurare disturbo all'andamento societario. Esso diviene sinonimo di potere se è riferito alle minoranze qualificate da una certa quota di capitale; assume invece il significato di tutela nell'altra accezione, quando individua invece la posizione dei piccoli risparmiatori disinteressati alla vita societaria¹⁵³. Si tratta quindi di due profili simmetrici, fisiologici della dinamica societaria, adeguati a introdurre specifici meccanismi.

In tale contesto vi è la possibilità che si verifichino tentativi, da parte dei soci titolari di minore potere di rappresentatività, di controllare in modo indebito o di influenzare la gestione della società in maniera non coerente e proporzionata al proprio interesse economico.

Possono infatti manifestarsi comportamenti posti in essere dai soci di minoranza, che pur previsti dalle regole societarie, sono in realtà finalizzati ad intenti egoistici a danno degli altri soci e spesso in contrasto con l'interesse sociale¹⁵⁴. L'abuso per questo non è una categoria correlabile esclusivamente a chi gestisce il maggior contributo partecipativo, ma va riferito allo stato psicologico di chi agisce e

¹⁵¹ V. BUONOCORE, *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1970, p.294.

¹⁵² M.P. MARTINES, *L'abuso di minoranza nelle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 1190.

¹⁵³ C. ANGELICI, *Le minoranze nel T.u.f.: tutela e poteri*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, p. 207.

¹⁵⁴ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p.56.

alle finalità perseguite, in modo da poter definire in concreto la legittimità e la meritevolezza dei comportamenti¹⁵⁵.

2. Il rapporto societario è caratterizzato, come abbiamo visto nei precedenti capitoli, dalla necessità che le parti si comportino in maniera corretta esercitando i propri diritti in maniera tale da consentire e favorire il perseguimento dello scopo comune, senza che ciò arrechi un inutile pregiudizio agli altri soci. La disciplina dettata dal Codice civile e dalla normativa di settore prevede una serie di misure a tutela della minoranza onde evitare che questa possa essere prevaricata, da coloro che hanno maggior potere decisionale.

Nella pratica, spesso capita che le disposizioni dettate dal legislatore per evitare tale situazione di soggezione vengano applicate in modo strumentale proprio dal socio di minoranza che esercita, quindi, il suo diritto per fini diversi dalla *ratio* che sottende la disposizione stessa. Di seguito verranno esaminate alcune tipologie di abuso della minoranza che si verificano più frequentemente e che hanno destato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza impegnate ad individuare adeguati criteri che possano garantire il giusto equilibrio tra gli interessi contrapposti.

3. Si possono individuare condotte abusive della minoranza poste in essere anche riguardo alla procedura di adozione di una delibera assembleare, ad esempio la richiesta strumentale di convocazione. Il riferimento normativo è l'art. 2367 c.c. e contiene le disposizioni sull'assemblea nell'ambito delle società per azioni.

Il fine perseguito dalla norma è la tutela dei soci di minoranza esterni al gruppo di comando cui fanno capo gli amministratori: infatti essa attua un temperamento al principio secondo il quale gli amministratori hanno il potere di circoscrivere la competenza decisionale dell'assemblea¹⁵⁶.

A tale scopo, il primo comma dell'articolo 2367 c.c., in riferimento al diritto di richiedere la convocazione da parte del socio, definisce i soggetti e i ruoli esercitati, gli obblighi correlati, le condizioni di rappresentanza numerica, l'elencazione preventiva degli oggetti da trattare: «Gli amministratori o il consiglio di gestione devono convocare senza ritardo l'assemblea, quando ne è fatta domanda da tanti soci che rappresentino almeno il ventesimo del capitale sociale nelle società

¹⁵⁵ Ivi.

¹⁵⁶ R. LERNER, A. TUCCI, *Società per azioni. L'assemblea*, in *Trattato di diritto commerciale*, V. BUONOCORE (fondato da), R. COSTI (diretto da), Sez. IV, 4 V, Giappichelli, Torino, 2012, p. 101.

che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il decimo del capitale sociale nelle altre o la minore percentuale prevista nello statuto, e nella domanda sono indicati gli argomenti da trattare». La norma, in sintesi, attribuisce ai soci titolari di una determinata aliquota il potere di richiedere agli amministratori la convocazione dell'assemblea. Non è espressamente previsto un termine entro cui convocare l'assemblea, ma ciò deve avvenire "senza ritardo". In genere però nella richiesta i soci indicano un termine massimo entro cui convocare l'assemblea, che fungerà da indicazione per gli amministratori.

Il secondo comma si preoccupa di disciplinare il caso in cui, a fronte della richiesta pervenuta, i soggetti deputati a farlo non provvedano alla convocazione: «Se gli amministratori o il consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, non provvedono, il tribunale, sentiti i componenti degli organi amministrativi e di controllo, ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell'assemblea, designando la persona che deve presiederla».

Ne deriva la considerazione che sugli amministratori non incombe un obbligo assoluto di convocare l'assemblea a seguito della richiesta, avendo essi il potere di sindacare se questi sono *contra legem*, impossibili o estranei alla competenza assembleare¹⁵⁷.

Per apprezzare la portata della disposizione, bisogna considerare che prima dell'entrata in vigore del c.c. del 1942, era diffusa l'idea secondo cui l'organo assembleare accentrava tutti i poteri societari, essendo gli amministratori non altro che meri esecutori delle sue deliberazioni. Il secondo comma dell'articolo 2367 c.c. è il frutto dell'intervento di riforma del 2003, che individuava la necessità di porre rimedio alla prassi di richiedere la convocazione per mero spirito di *chicane*. Con tale termine si intende un espediente, la cui tortuosità è rappresentata attingendo al gergo della Formula 1: una doppia curva ad "S", creata appositamente sui circuiti automobilistici per provocare il rallentamento della velocità. Proprio per questo la norma individua un ambito di discrezionalità attribuita agli amministratori, nell'interesse della attività di gestione della società.

Si pone il problema di definire se si possa parlare davvero di discrezionalità attribuita agli amministratori e, nel caso lo fosse, quale sia l'ampiezza.

Su tale quesito è impostato il caso in cui, convocata l'assemblea su richiesta dei soci, a norma dell'articolo 2367 c.c., gli amministratori abbiano negato la seduta poiché, a fronte di una valutazione

¹⁵⁷ G. GRIPPO e C. BOLOGNESI, *L'assemblea nella società per azioni* in *Trattato di diritto privato*, 2. ed., UTET giuridica, Torino, 1995.

di merito della richiesta avanzata, essa sia apparsa meramente dilatoria ed ostruzionistica, preordinata esclusivamente ad ostacolare il corretto svolgimento della vita societaria¹⁵⁸.

Si discute per stabilire se, a fronte della richiesta di convocazione ex articolo 2367 c.c., gli amministratori possano valutare non soltanto la correttezza formale della stessa, ma possano anche spingersi ad un'analisi del merito della richiesta e respingerla nel caso di infondatezza¹⁵⁹.

Tale orientamento è espresso in alcuni casi dalla giurisprudenza, a vantaggio di una gestione più celere e stabile. Si riporta ad esempio una pronuncia del Tribunale di Milano¹⁶⁰: «La norma prevista dall'art. 2367 c.c. deve interpretarsi in senso compatibile con la tutela dell'interesse sociale ed in modo da prevenire il rischio che venga assunta una deliberazione viziata sin dall'origine del procedimento di convocazione, riconoscendo che va negata l'esistenza di un diritto del socio di minoranza alla convocazione dell'assemblea quando vi sia il fondato sospetto che il rimedio prescelto venga strumentalmente impiegato in danno della società e per finalità contrastanti con quelle garantite dalle prescrizioni di legge. Ne consegue che gli amministratori hanno il dovere di non accedere a richieste che possano risultare illegittime, immotivate o inutilmente ripetitive e pretestuose o che possano con probabilità dare vita a situazioni e deliberazioni capaci di recare danno alla società.»

In tale valutazione si inserisce il decreto della Corte di Appello di Torino, Sez. V, Imprese, 3 dicembre 2021, che conferma e chiarisce la portata del giustificato rifiuto degli amministratori ai sensi dell'art. 2367 c.c.¹⁶¹.

La Corte era chiamata a decidere sul reclamo di un socio di minoranza di S.p.A. che aveva proposto la convocazione dell'assemblea dei soci per deliberare intorno alla responsabilità degli amministratori: tale domanda però era stata respinta dal Tribunale di Torino che aveva ritenuto giustificato il rifiuto di convocazione deciso a maggioranza dal Consiglio di Amministrazione.

La disamina del caso riveste particolare interesse perché consente di determinare i limiti entro i quali l'organo amministrativo possa legittimamente rifiutare la convocazione dell'assemblea, dal momento che la dottrina aveva a lungo dibattuto su due possibilità: alcuni ritenevano che gli amministratori avessero un obbligo incondizionato di convocare l'assemblea escludendo pertanto qualunque valutazione discrezionale sul contenuto della richiesta dei soci (ad eccezione della rilevabilità dei difetti di requisiti formali, di richieste impossibili o illecite); altri riconoscevano all'organo amministrativo il potere-dovere di valutare anche nel merito la richiesta di convocazione¹⁶².

¹⁵⁸ M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2006

¹⁵⁹ DAL MARTELLO, *Limiti obiettivi del diritto della minoranza alla convocazione dell'assemblea*, in *Riv. Notar.*, 1956, p. 167-170.

¹⁶⁰ Trib. Milano, 21/11/1994 in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 586

¹⁶¹ E. PEDERSOLI, *Convocazione pretestuosa*, in *Giur. comm.*, 2023, n. 6, 1144-1159, p. 1144.

¹⁶² Ivi, p. 1152.

Si segnala sul tema una interpretazione del Tribunale di Milano, 2 aprile 2016, che ha affermato che «l'art. 2367 c.c. prevede un vero e proprio diritto dei soci ad ottenere la convocazione dell'assemblea» e che il Tribunale «non deve né può sostituire proprie valutazioni di opportunità al potere discrezionale del socio di chiedere e ottenere la convocazione dell'assemblea, se non nei limiti dell'abuso manifesto allo stato degli atti o della natura pretestuosa della richiesta del socio; inoltre viene specificato che il compito dell'autorità giudiziaria non è quello di vagliare la sussistenza di un possibile svantaggio/danno per la società, poiché si tratta di valutazioni che spettano ai soci nell'esercizio del diritto di voto»¹⁶³.

Tornando al caso iniziale, tale prospettiva invece è del tutto ribaltata dal Tribunale di Torino nel 2021, la cui pronuncia è divenuta l'oggetto del reclamo di appello. Infatti, il Tribunale aveva respinto la richiesta dei soci di minoranza di convocazione dell'assemblea attribuendo al parametro della ingiustificatezza dell'art. 2367 c.c. «la necessità di una valutazione», da parte degli amministratori, «razionale e ragionata della situazione concreta»¹⁶⁴.

La Corte di Appello di Torino a sua volta non ha condiviso questa impostazione e ha ordinato la convocazione dell'assemblea, sulla base delle valutazioni espresse nella pronuncia precedente del Tribunale di Milano che abbiamo appena citato.

È evidente che tutte le fattispecie regolate da clausole generali si prestano ad interpretazioni flessibili, creando incertezze applicative¹⁶⁵. Bisogna però considerare che la *ratio* della norma in discussione è riconoscere un diritto posto a tutela dell'interesse dei soci, in particolare delle minoranze: per questo non appare convincente la tesi di chi afferma l'esistenza di un potere-dovere dell'organo amministrativo di valutare nel merito ragionevolezza e opportunità della richiesta di convocazione. Lo strumento di tutela risulterebbe vanificato qualora si ammettesse che gli amministratori possano rifiutare la convocazione per mere ragioni di opportunità, come affermato nel decreto dal Tribunale di Torino, poi riformato dalla Corte di Appello¹⁶⁶. Si ritiene che il rifiuto di convocare l'assemblea su richiesta dei soci possa essere giustificato solo qualora configuri un abuso di diritto.

E' da rilevare però che, a seguito della riforma del 2003, non è ammissibile applicare tale previsione in via analogica alla società a responsabilità limitata, poiché la S.r.l. è ormai dotata di un apparato normativo autosufficiente che disciplina autonomamente anche la convocazione assembleare¹⁶⁷. Il

¹⁶³ Ivi, p.1155.

¹⁶⁴ Ivi.

¹⁶⁵ Ivi, p. 1156.

¹⁶⁶ Ivi, p. 1158.

¹⁶⁷ R. LERNER, A. TUCCI, *Società per azioni. L'assemblea*, in *Trattato di diritto commerciale*, V. BUONOCORE (fondato da), R. COSTI (diretto da), Sez. IV, 4 V, Giappichelli, Torino, 2012, p.198.

Tribunale di Napoli, 13 luglio 2011, ha stabilito che a tal punto non può più configurarsi alcun vuoto normativo che legittimi l'applicazione, in via analogica, della disposizione di cui all'art. 2367, dettata per le società per azioni, alle società a responsabilità limitata. Conseguentemente, non è ammissibile la convocazione per via giudiziale dell'assemblea della S.r.l., in caso di inerzia dell'organo amministrativo, per la mancanza di norma apposita nella nuova disciplina e per l'inapplicabilità analogica dell'art. 2367 c.c. Sullo stesso argomento la Cassazione con la sentenza n. 10821 del 25 maggio 2016 ha definitivamente stabilito che il socio di una S.r.l., che sia titolare di almeno un terzo del capitale sociale, ha il potere di domandare la convocazione dell'assemblea dei soci, in caso di inerzia dell'organo amministrativo.

Per completezza di analisi, il terzo comma dell'articolo 2367 c.c. prevede e circoscrive l'ambito della convocazione: «La convocazione su richiesta di soci non è ammessa per argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta». Oggetto dell'assemblea convocata su richiesta dei soci, quindi, non può essere la discussione e l'approvazione del bilancio, le modifiche dello statuto, la fusione scissione e trasformazione della società.

4. In riferimento ai comportamenti abusivi interni alla procedura di adozione della delibera assembleare, possono verificarsi l'abbandono dell'assemblea in sede deliberante, l'abuso del diritto di voto della minoranza di blocco, l'impugnativa pretestuosa della delibera di approvazione del bilancio di esercizio.

Riguardo alla costituzione dell'assemblea e alla validità delle deliberazioni, il legislatore prevede i quorum costitutivi e deliberativi, al fine di favorirne la formazione. L'articolo 2368 c.c. comma 1 stabilisce che: «L'assemblea ordinaria è regolarmente costituita quanto è rappresentata almeno la metà del capitale sociale, escluse dal computo le azioni prive del diritto di voto nell'assemblea medesima. Essa delibera a maggioranza assoluta, salvo che lo statuto richieda una maggioranza più elevata. Per la nomina alle cariche sociali lo statuto può stabilire norme particolari».

A garanzia della corretta formazione della volontà assembleare, in fase costitutiva dell'assemblea sono dunque rilevanti i differenti quorum costitutivi e deliberativi. Il quorum costitutivo è la quota di capitale rappresentata in assemblea che è necessaria affinché l'assemblea sia considerata regolarmente costituita e idonea a deliberare. Invece il quorum deliberativo indica la parte di capitale sociale rappresentata in assemblea, necessaria per la valida approvazione di una delibera.

E' da considerare che la determinazione del quorum , sia costitutivo che deliberativo, è diversa a seconda che si tratti di assemblea ordinaria o straordinaria. L'art. 2368 c.c. comma 2 lo prevede espressamente: «L'assemblea straordinaria delibera con il voto favorevole di più della metà del capitale sociale, se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita quando è rappresentata almeno la metà del capitale sociale o la maggiore percentuale prevista dallo statuto e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea».

Proprio in riferimento a tali disposizioni, si pone il problema di quale significato attribuire all'abbandono da parte del socio dell'assemblea in sede deliberativa.

La dottrina ha offerto diversi orientamenti, ma la giurisprudenza ritiene influente l'astensione per il raggiungimento del quorum deliberativo, ancorando il criterio all'art. 2373 c.c., dunque la maggioranza va calcolata sui voti dei soci votanti ed escludendo gli astenuti. L'art. 2373 c.c. è espressione di un principio generale idoneo a definire il calcolo della maggioranza in tutte le ipotesi di mancanza di diritto di voto¹⁶⁸.

5. Quando non vengono raggiunte le maggioranze necessarie per approvare determinate delibere di importanza fondamentale per la società si determinano situazioni di stallo decisionale.

Infatti, può verificarsi che per alcune delibere, in virtù di una previsione legale o statutaria, sia richiesto un quorum per raggiungere il quale sia necessario il voto favorevole del socio o di una coalizione dei soci di minoranza¹⁶⁹. Tali delibere sono quelle per l'approvazione del bilancio consolidato e delle modifiche statutarie e ogni altro caso in cui lo statuto stabilisca delle maggioranze più elevate rispetto a quelle previste dalla legge.

È dunque in questi casi che il voto del socio di minoranza gioca un ruolo ben più importante rispetto alla reale rilevanza numerica, perché decisivo per spostare l'ago della bilancia nel determinare la volontà sociale. Dunque, la minoranza può tenere in ostaggio la compagine sociale esercitando un ruolo di impedimento. Dalla conseguente situazione di blocco potrebbe derivare lo scioglimento della società, in base all'art. 2484 c.c. comma uno, n.3). «Le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata si sciolgono: 3) per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea».

¹⁶⁸ Trib. Milano, 26 febbraio 1973, n.274, in *Foro It*, I, 2202.

¹⁶⁹ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 57.

Particolarmente sensibile è il contributo del socio di minoranza laddove siano previste clausole di salvaguardia con l'applicazione di criteri di approvazione con votazione ad unanimità o a maggioranza rafforzata¹⁷⁰.

Proprio per questo il principio maggioritario si ritiene essere l'unico idoneo a garantire che il veto del singolo socio sia causa di una situazione di blocco della società. Per lo stesso motivo si ritiene che il criterio di unanimità possa riguardare solo vicende che incidono sui diritti dei soci e non sulla gestione della società¹⁷¹.

Alla base del criterio da applicare è la garanzia posta a tutela della «efficienza organizzativa della società anche tramite la facilità deliberativa», come si evince dalle norme in materia di *quorum* inderogabili ex art. 2369 quinto comma c.c.: «nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione delle azioni di cui al secondo comma dell'articolo 2351».

In realtà si tratta di capire dove porre il punto di equilibrio fra due concetti opposti ma complementari, la salvaguardia del principio dell'autonomia privata da un lato e l'interesse alla facilità deliberativa dall'altro¹⁷².

L'ammissibilità di clausole unanimi trova il suo fondamento nella valorizzazione del profilo personalistico della S.r.l.. Tale è la prospettiva che emerge nella Relazione al d. lgs. n. 6 /2003 con l'introduzione di una nuova centralità del socio e con la definizione della S.r.l. come strumento caratterizzato da una significativa elasticità, centrato sulla considerazione dei soci e dei loro rapporti personali. La conferma di tale impostazione è contenuta negli articoli ove si fa riferimento alla fissazione dei quorum per le decisioni dei soci senza circoscrivere la libertà statutaria alla previsione di maggioranze più elevate, facendo genericamente salva la diversa disposizione dell'atto costitutivo¹⁷³: negli artt. 2479 comma c.c. sul trasferimento delle partecipazioni («salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale») e nell'art. 2479 bis 3° comma c.c. riguardante l'assemblea dei soci: «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'assemblea si riunisce presso la sede sociale ed è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che

¹⁷⁰ M. GUARINI, *Il consenso 'determinante' della minoranza nelle società di capitali tra clausole di salvaguardia e abuso di potere*, in *Rivista di diritto societario*, 2018, Giappichelli, Torino, parte I, p. 356.

¹⁷¹ Ivi, p. 357.

¹⁷² Ivi, p. 360.

¹⁷³ Ivi, p.362.

rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta e, nei casi previsti dai numeri 4) e 5) del secondo comma dell'articolo 2479, con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale».

Proprio da tale prospettiva si ricava l'ampia libertà di introdurre il principio di unanimità generalizzata per tutte le decisioni sociali; in tal caso viene subordinata l'autonomia privata alla priorità di mantenimento in vita della società.

Dalla disciplina delle deroghe in materia di *quorum* si può dedurre che, laddove il legislatore non abbia previsto espressamente la derogabilità del quoziente legale, non si possa nemmeno automaticamente ricavarsi l'inderogabilità dello stesso. Ove l'intenzione del legislatore fosse stata quella di porre ulteriori limiti all'autonomia statutaria, vi sarebbe stata una precisa indicazione in tal senso¹⁷⁴.

Se però si accetta la tesi di un'ampia derogabilità dei *quorum*, si pone di conseguenza il problema di rendere coerente tutto questo con la considerazione che il principio maggioritario è l'unico in grado di consentire la sopravvivenza della società¹⁷⁵.

La situazione di stallo, laddove siano introdotte clausole di salvaguardia, diviene più plausibile e su di essa incombe la previsione dello scioglimento della società a norma dell'art. 2484, se non si dimostri che il voto è abusivo.

Considerata la gravità della conseguenza prevista alla situazione di stallo, la giurisprudenza ha affermato che va applicato il principio di buona fede al diritto di voto, inoltre ha applicato principi espressi con la sentenza della Cassazione civile 26 ottobre 1995 n. 11151, già esaminati nel precedente capitolo, per reprimere tentativi di abuso derivanti da tale prassi dannosa. Proprio in base alla sentenza citata, per configurare l'abuso, è dunque necessario dimostrare l'esercizio fraudolento e l'intenzionalità specificamente dannosa del voto. L'onere della prova spetta alla società.

In virtù della drastica conseguenza dello scioglimento della società che potrebbe essere prodotto dall'atteggiamento ostruzionistico della minoranza, la dottrina e la giurisprudenza si sono occupate delle delibere assembleari negative, indagando sulla possibile configurazione di abuso di diritto connesso al voto esercitato strumentalmente per far naufragare l'approvazione della delibera.

Riguardo alla circostanza del voto contrario di blocco, particolari considerazioni sono offerte da una pronuncia del Tribunale di Milano nel 2014¹⁷⁶, relativa al ricorso per una delibera di aumento a pagamento del capitale sociale di società quotata sull'MTA di Milano¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Ivi, p. 372.

¹⁷⁵ Ivi, p. 373.

¹⁷⁶ Tribunale civile, sez. impresa B, Milano, ordinanza 28/11/2014, n. 9846.

¹⁷⁷ C. DI BITONTO, *Abuso del diritto di voto a carattere ostruzionistico (c.d. "delibere negative")*: *profili sostanziali*, in *Le società*, 2015, n. 6., p. 701.

Il provvedimento del Tribunale si basa su un presupposto logico, ossia sull'evidenza che la delibera negativa non può essere assimilata ad una mancata deliberazione: dal momento che rappresenta comunque una manifestazione di volontà dei soci, sebbene di carattere negativo, non può essere degradata ad una non-volontà. Si aggiunge a tale assunto una seconda considerazione: il rigetto della proposta preclude la possibilità di risottoporre la stessa proposta nella medesima convocazione oppure in una seconda autonoma riunione¹⁷⁸.

A tale impostazione si contrappone parte della dottrina che nega qualificazione giuridica alla delibera negativa, ritenendo che si tratterebbe di una deliberazione mai venuta ad esistenza, quindi non suscettibile neppure di una decisione giudiziale¹⁷⁹.

La considerazione ulteriore è che il voto del singolo socio è libero, incontrando un limite solo nella realizzazione dell'interesse sociale. Nel provvedimento si specifica che l'abuso della minoranza riguarda l'utilizzo scorretto del diritto di voto da parte del socio «mediante il cattivo governo della discrezionalità, pur ampia, che assiste le sue scelte, sconfinando in un arbitrio dannoso per gli altri soci e per la società».

In ogni caso la giurisprudenza con la pronuncia di Cassazione del 1995 n. 1151, come già esposto nel capitolo precedente, ha segnato il solco nel quale valutare la legittimità degli atti societari, compreso l'esercizio del voto, riconnettendoli alla esecuzione degli atti contrattuali e quindi al principio di buona fede e al principio solidaristico dell'art. 2 della Costituzione; inoltre con la sentenza successiva del 2005 n.27387 sono state fornite ulteriori specificazioni riguardanti gli aspetti soggettivi che configurano l'abuso, stabilendo che la buona fede e la correttezza hanno funzione integrativa del contratto sociale¹⁸⁰.

È proprio a tali principi che bisogna dunque fare riferimento nella valutazione dell'esercizio di voto. Per questo non bisognerebbe ipotizzare che l'abuso della minoranza possa rivestire caratteristiche proprie e peculiari, anzi non è utile porre una differenza tra socio di maggioranza o minoranza, poiché l'obbligo di esercitare il diritto di voto con dovere di lealtà e di correttezza riguarda tutti i soci¹⁸¹. La differenza sostanziale consiste nel fatto che, nel caso della maggioranza, i voti abusivi sono favorevoli ad una delibera positiva, mentre nel caso della minoranza i voti abusivi ostacolano la formazione della delibera positiva, integrando una delibera negativa. Dunque, nel primo caso si parla di un diritto di voto, nel secondo di un diritto di veto¹⁸².

¹⁷⁸ Ivi.

¹⁷⁹ Ivi.

¹⁸⁰ Ivi, p. 702.

¹⁸¹ Ivi, p. 705.

¹⁸² Ivi.

Il Tribunale di Milano introducendo un' importante novità è pervenuto alla conclusione della piena ammissibilità dei rimendi di natura reale in caso di abuso del diritto di voto della minoranza di blocco: dunque la delibera negativa illegittima è annullabile; il voto del socio abusivo va espunto dalla base di calcolo del quorum, determinando quindi l'illegittimità della proclamazione del risultato, con la diretta conseguenza che la delibera viene approvata e non respinta, quindi viene considerata positiva e non negativa¹⁸³.

La pronuncia introduce una nuova effettiva tutela dei soci che hanno subito abuso derivante dalla delibera originariamente negativa, mediante un approccio di giustizia sostanziale¹⁸⁴. Dunque, rispetto alla gravità della conseguenza connessa al blocco dell'attività gestionale, consistente nella dissoluzione dell'ente societario, diventa necessario che alla sanzione, di demolizione della delibera negativa, si accompagni la sanzione/rimedio di tutela reale e positiva della uguale proposta illegittimamente rigettata¹⁸⁵. Per questo il Giudice, espunto il voto illegittimamente conteggiato nel quorum, accerta che la deliberazione è stata approvata e non respinta.

A fronte di tale decisione, vengono espressi pareri di tenore opposto. È utile annoverare quanto espresso dalla camera arbitrale¹⁸⁶ a proposito di delibere respinte con voti determinanti invalidi per conflitto di interessi: si stabilisce che il Giudice deve limitarsi in tal caso a compiere una semplice operazione aritmetica. Conseguentemente l'eventuale sentenza di accoglimento della domanda non avrebbe effetto costitutivo ma solo dichiarativo¹⁸⁷.

Vi è conferma nella pronuncia della Suprema Corte¹⁸⁸ che stabilisce che la delibera negativa, se pur viziata da conflitto di interessi o abuso, non può dare adito a una sentenza che accerti l'assunzione di una deliberazione di segno opposto¹⁸⁹.

Permane quindi prevalente il concetto che ai soci che hanno subito pregiudizi per effetto di voto abusivo contrario spetti solo una tutela risarcitoria dei danni, che resta subordinata all'onere probatorio del carattere antisociale per conflitto di interessi ex art. 2373 c.c. o di violazione dei principi di buona fede ex art. 1375 c.c. del voto espresso dalla minoranza¹⁹⁰.

6. In caso di perdite consistenti del patrimonio sociale, fino a determinare valori negativi del patrimonio netto, è necessario procedere con un ripianamento e apportare nuove risorse. L'art. 2482

¹⁸³ Ivi, p. 700.

¹⁸⁴ Ivi, p. 707.

¹⁸⁵ Ivi, p. 707.

¹⁸⁶ Lodo Arbitrale 2 luglio 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, 919-920.

¹⁸⁷ Ivi, p. 708.

¹⁸⁸ Cass, 26 agosto 2004, n.16999, in *Vita Not.* 2004, 1623.

¹⁸⁹ Ivi, p.709.

¹⁹⁰ Ivi, p.709.

c.c. primo comma dispone: «Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea dei soci per gli opportuni provvedimenti».

La nozione di perdita è quella determinata al netto delle riserve, dei fondi apprestati al passivo, degli utili non distribuiti ed anche degli utili di periodo.

Si consideri infatti che l'art. 2433 c.c. comma tre dispone che «se si verifica una perdita del capitale sociale, non può farsi luogo a ripartizione di utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente». Tale contesto determina generalmente una situazione di tensione fra i soci. A differenza della situazione nella quale si produce ricchezza a vantaggio di tutti, favorevole ad una dialettica serena tra maggioranza e opposizione, il riscontro delle perdite determina invece un clima di diffidenza e conflitto: dunque, se la prima ipotesi è connessa agevolmente al dialogo e alla cooperazione, la seconda invece può generare condotte opportunistiche, facendo emergere il conflitto tra socio attivo e socio a traino¹⁹¹.

Il riferimento normativo è l'art. 2482 *ter* c.c. che stabilisce: «Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'articolo 2463, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo».

L'aspetto più ambiguo è rappresentato dall'ipotesi in cui il socio di minoranza provveda ad una sottoscrizione del riaumento del capitale al minimo di legge, quindi con un apporto di entità irrilevante. Si discute se tale condotta configuri abuso da parte del socio di minoranza¹⁹².

Il diritto di opzione è una facoltà e non un obbligo di sottoscrizione. Ne consegue che il socio è libero di sottoscrivere o di non farlo oppure di sottoscrivere per una quota inferiore a quanto agli spetterebbe. Si valuta se tale facoltà sia riconosciuta sia per la copertura delle perdite che per la sottoscrizione del nuovo capitale¹⁹³.

In realtà si tratta di due profili diversi: l'opzione riguarda il diritto di sottoscrivere il nuovo capitale, mentre sostenere la propria quota di perdite è un onere. Si tratta infatti di onere e non di obbligo di coprire le perdite, perché è l'adempimento necessario alla conservazione lo *status* di socio alla quale è subordinato la possibilità di sottoscrizione del nuovo capitale¹⁹⁴.

¹⁹¹ P.M. SMIRNE, *Copertura di perdite superiori al capitale sociale nella s.r.l. tra liceità e abuso di minoranza*, in *Giur. comm.*, n.5., 2024, p. 1063.

¹⁹² Ivi, p. 1061.

¹⁹³ Ivi, p. 1064.

¹⁹⁴ Ivi.

Tanto premesso, e confermato che la nuova sottoscrizione rappresenta un'opzione, ci si chiede che cosa avvenga nel caso in cui il socio effettuasse una sottoscrizione di valore irrisorio, sia per valore assoluto che in percentuale. La Suprema Corte, in una pronuncia del 2006 n.10490¹⁹⁵, ha ritenuto che una simile partecipazione non consenta un significativo esercizio dei diritti sociali e dunque non sia sorretta da una sua causa, che deve essere ravvisata in concreto. Quindi si tratterebbe di un atto finalizzato a mantenere pretestuosamente la qualità di socio e ad usare tale prerogativa come strumento per danneggiare o paralizzare la gestione societaria, integrando l'abuso¹⁹⁶.

Ma parte della dottrina ritiene, invece, che la sottoscrizione, anche minima, rappresenti un legittimo esercizio del diritto, non un abuso. Nelle società a responsabilità limitata il socio non è mai tenuto a fare versamenti ulteriori rispetto a quelli iniziali, il che è coerente proprio con il principio della limitatezza della responsabilità, che garantisce che il socio non perda nulla di più rispetto al suo apporto¹⁹⁷.

Trattandosi di un'opzione, nella sua espansione massima, l'esercizio del diritto può condurre alla conservazione dello *status* di socio e a mantenere la percentuale preesistente: il socio, solo dopo aver coperto le perdite, potrà sottoscrivere il nuovo capitale nella percentuale desiderata¹⁹⁸.

Partendo dal criterio letterale è necessario attribuire il giusto significato alla disposizione di riferimento: l'art. 2481 bis c.c. («In caso di decisione di aumento del capitale sociale mediante nuovi conferimenti spetta ai soci il diritto di sottoscriverlo in proporzione delle partecipazioni da essi possedute»). Il diritto di opzione per l'aumento del capitale successivo a perdite non è autonomamente disciplinato e quindi rientra nella previsione delle norme in tema di aumento che non è connesso alla presenza di perdite. L'art. 2481 *bis* c.c. si riferisce ad un diritto di sottoscrizione e non un obbligo. E non vi è cenno alla percentuale di copertura delle perdite¹⁹⁹. Inoltre, l'art. 2482 *ter* c.c. stabilisce: «se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'articolo 2463, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo».

¹⁹⁵ Cassazione 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contr. Impr.*, 2007, 2, 124.

¹⁹⁶ P.M. SMIRNE, *Copertura di perdite superiori al capitale sociale nella s.r.l. tra liceità e abuso di minoranza*, in *Giur. comm.*, n.5., 2024, p. 1065.

¹⁹⁷ *Ivi*, p. 1068.

¹⁹⁸ *Ivi*, p. 1069.

¹⁹⁹ *ivi*.

La norma non parla quindi di un obbligo di copertura proporzionale delle perdite prima di poter procedere al riaumento, ma si limita a parlare di un «contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo».

Ad avallare tale impostazione contribuisce anche il criterio logico e teleologico. Il meccanismo dell'opzione attribuisce diritti e non doveri, da cui si deduce che è lecito non coprire le perdite: quindi è lecito l'esercizio parziale dell'opzione²⁰⁰. La Cassazione nella sentenza del 1980 n. 4089 chiarisce che l'opzione tutela il socio e non i creditori, non vincola il socio nelle modalità attuative dell'opzione stessa, perché l'unico limite è costituito dal rispetto del diritto degli altri soci²⁰¹.

Sempre dal disposto dell'art. 2483 *ter* c.c. si ricava un criterio di unicità dell'operazione di copertura e di ricapitalizzazione; emerge che non si tratta di due operazioni autonome, ma della riduzione del capitale e di un contemporaneo aumento. Dunque, le due fasi non possono che essere disciplinate dalle stesse regole che prevedono diritto di opzione e non obbligo²⁰².

7. L'art. 2377 c.c. stabilisce che «Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto sostitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti».

Tale impianto viene garantito con quanto previsto al secondo comma: «Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale».

Il legislatore disciplina le cause di annullabilità delle delibere assembleari in base a criteri differenti da quelli che i disciplinano i contratti. La priorità infatti, in questo caso, è garantire la certezza e la stabilità nel settore commerciale: per questo l'annullabilità viene considerata categoria generale d'invalidità delle deliberazioni assembleari, laddove la nullità, in base all'art. 1418 c.c., è categoria generale d'invalidità dei contratti.

Per le esigenze individuate, in ambito societario la nullità diviene categoria residuale e la sua applicazione è circoscritta ai soli casi indicati dal legislatore all'art. 2379 c.c., quindi solo per le delibere che presentino un grave vizio di formazione e che abbiano un oggetto illecito o impossibile²⁰³.

Da tali previsioni consegue che, qualora la deliberazione non sia conforme alla legge o allo statuto perché presenti vizi di natura sostanziale o procedimentale, essa sarà pertanto annullabile.

²⁰⁰ Ivi, p. 1070.

²⁰¹ Cass., 28 giugno 1980 n. 4089, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 250.

²⁰² P.M. SMIRNE, *Copertura di perdite superiori al capitale sociale nella s.r.l. tra liceità e abuso di minoranza*, in *Giur. comm.*, n.5., 2024, p. 1072.

²⁰³ L. GIANNINI, M. VITALI, *L'impugnativa della delibera di approvazione del bilancio nella società di capitali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2000, pp. 76 e ss.

L'art. 2377 comma 8 c.c. prevede una forma di rinnovazione della deliberazione che preclude l'annullamento: «l'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto. In tal caso il giudice provvede sulle spese di lite, ponendole di norma a carico della società, e sul risarcimento dell'eventuale danno».

In tale ipotesi il giudice dichiarerà la cessazione della materia del contendere soltanto ove si accerti che la delibera adottata in sostituzione di quella impugnata è conforme alla legge e allo statuto e le parti diano atto dell'intervenuto mutamento e formulino conclusioni conformi. In tal senso l'orientamento della giurisprudenza in una pronuncia della Cassazione civile 2023 n. 8816: in ambito di società di capitali, qualora intervenga la sostituzione di una delibera invalida con altra successiva, l'art. 2377, comma 8 c.c. richiede che, ai fini della declaratoria di cessazione della materia del contendere per sopravvenuta carenza di interesse delle parti alla naturale conclusione del giudizio, il giudice verifichi che la nuova delibera detti una disciplina sostanziale idonea a rimuovere la precedente causa di invalidità²⁰⁴.

Va evidenziato che anche una deliberazione formalmente legittima potrà essere annullata laddove si provi che il comportamento della maggioranza sia posto in essere in violazione dell'obbligo di buona fede e abbia determinato una deviazione rispetto al perseguimento dell'interesse sociale, configurando abuso di maggioranza²⁰⁵.

In questo scenario è probabile che si tentino impugnative del bilancio pretestuose, al fine di bloccare l'attività societaria. Bisogna per questo indagare sull'elemento psicologico del socio che impugna e sul fine perseguito, ma anche sulla tipologia dell'interesse fatto valere dal socio e sulla tipologia del vizio allegato in riferimento al bilancio impugnato²⁰⁶.

In ogni caso il socio che avrà esperito l'impugnazione, a causa dell'incertezza e della lunga durata del processo, otterrà certamente di produrre un effetto di intralcio, a prescindere dall'esito della decisione. Infatti, qualora l'impugnativa venisse rigettata, l'unico effetto negativo a suo carico sarebbe la condanna a sostenere le spese del giudizio, che sarebbe comunque irrilevante a distoglierlo dalla condotta abusiva²⁰⁷.

8. La giurisprudenza ha stabilito e più volte confermato che gli atti societari soggiacciono alla stessa disciplina prevista per l'esecuzione del contratto; da tale fondamento discende l'obbligo di operare

²⁰⁴ Cassazione civile, Sez. I, ordinanza n. 8816 del 29 marzo 2023.

²⁰⁵ Ivi.

²⁰⁶ A. FRANCHI, *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 63.

²⁰⁷ Ivi.

con correttezza e buona fede, sia nei confronti della società che nei confronti di ciascun socio. La condotta pretestuosa tesa a ledere un interesse contrattualmente protetto determina quindi una obbligazione risarcitoria per la lesione arrecata a quell'interesse. La dottrina esclude che possa configurarsi anche un diritto al risarcimento del danno in capo alla società, sia perché non è ipotizzabile una duplicazione dell'obbligo risarcitorio, sia perché non possono ravvisarsi rapporti contrattuali tra il socio e la società²⁰⁸.

L'onere di dimostrare l'abuso delle minoranze è a carico della società: è necessario provare l'intento fraudolento in grado di ledere gli interessi dei soci di maggioranza e della società e volto al raggiungimento di un interesse estraneo alla società.

È importante sottolineare come la giurisprudenza²⁰⁹ sia in tempi più recenti giunta finalmente «ad affermare la piena ammissibilità dei rimedi di natura reale, in caso di abuso del diritto di voto della minoranza di blocco; pertanto la “delibera negativa” illegittima è non solo annullabile, ma il voto del socio abusivo va espunto dalla base di calcolo del *quorum* deliberativo, cosicché, accertata l'illegittimità del voto e del suo conteggio, il giudice accerta altresì l'illegittimità della proclamazione del risultato, conseguentemente dichiarando il risultato che, in termini di volontà effettivamente e legalmente espressa dall'assemblea, immediatamente emerge: ossia che la proposta all'ordine del giorno è stata approvata (“delibera positiva”) e non respinta (“delibera negativa”).»²¹⁰.

²⁰⁸ Ivi.

²⁰⁹ Tribunale civile, sez. impresa B, Milano, ordinanza 28/11/2014, n. 9846.

²¹⁰ C. DI BITONTO, *Abuso del diritto di voto a carattere ostruzionistico (c.d. “delibere negative”): profili sostanziali*, in *Le società*, 2015, n. 6., p. 689.

Conclusioni

Il lavoro realizzato ha consentito di portare ad evidenza come, nella disciplina societaria, la fattispecie dell'abuso del diritto, in assenza di specifica definizione normativa, abbia visto un ruolo fondamentale nell'elaborazione giurisprudenziale, la quale ha consentito di definire i contorni del fenomeno, configurandolo in modo "elastico" e adattabile a plurime fattispecie, con un ambito di applicazione ampio ed eterogeneo.

Permane tuttavia il problema della prova, ossia la significativa difficoltà di dimostrare in giudizio l'intento fraudolento, necessario affinché il soggetto danneggiato possa invocare l'abuso e ricevere tutela. Restano talune incertezze sulle modalità della tutela stessa. Difatti, mentre è pacifico che le decisioni affette da abuso siano invalide, si presenta più controverso il caso in cui il comportamento abusivo causi una delibera negativa. In tali casi, ferma l'ammissibilità del rimedio risarcitorio, non vi è ancora concordia nel ritenere che il giudice possa accordare una tutela reale, facendo prevalere la volontà che sarebbe stata espressa in assenza dell'abuso.

Anche su tale aspetto si è potuta notare l'evoluzione giurisprudenziale mostrando, dunque, come le pronunce dei giudici costituiscono una miniera di risorse che consentono di apprezzare la duttilità del nostro ordinamento, pur nella solidità dei suoi principi.

Il divieto di abuso del diritto in materia societaria, non espressamente previsto dall'ordinamento, è una figura che riflette l'impegno dei giuristi nell'adeguare la disciplina di settore alle istanze che hanno origine nella realtà economica.

Lo studio delle varie ipotesi di abuso, specialmente da parte della minoranza, porta ad una riflessione che può diventare un invito per il legislatore: spesso, la minoranza, che investe di meno e perciò rischia di meno, assume comportamenti capziosi. La sanzione conseguente a tali atti "abusivi" è stata finora rappresentata soprattutto dal risarcimento del danno. La frequenza dei casi giudicati nelle aule di tribunale evidenzia che questo tipo di sanzione non riesce, comunque, ad avere una funzione deterrente e disincentivante; forse forme di tutela reale arginerebbero maggiormente il fenomeno dell'abuso da parte della minoranza. Ciò comporterebbe un beneficio per i soci che hanno ricevuto pregiudizio, garantirebbe il corretto svolgimento delle attività da parte della società, ma soprattutto avrebbe riflessi indiretti anche sulla libertà di iniziativa economica sancita dalla nostra Costituzione. La possibilità di generare lo stallo con conseguenze irreversibili come lo scioglimento della società sembrerebbe garantire ai soci di minoranza la gestione di meccanismi troppo delicati, operando quasi quasi un'asimmetria di potere in senso capovolto, inversamente proporzionale all'investimento effettuato. Tutto ciò è poi aggravato dal fatto che l'onere probatorio a carico della società rende quest'ultima spesso soccombente, in quanto non riesce a dimostrare il carattere abusivo dell'agire della minoranza.

Sembrerebbe, inoltre, opportuno prevedere che, prima della drastica misura dello scioglimento della società, possa aprirsi una fase di interlocuzione per valutare la possibilità di proseguire nella attività, scongiurando quindi l'estinzione del soggetto giuridico.

Bibliografia

ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 103.

ALPA G., *Appunti sul divieto di abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contratto e impresa*, n. 2, 2015, p.p.245-261.

ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *riv. dir. comm.*, II, 1971, pp. 293 e 298.

ANGELICI C., *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *riv. dir. comm.*, n.3, 2017, pp. 365-380.

ANGELICI C., *Le minoranze nel t.u.f.: tutela e poteri*, in *riv. dir. comm.*, I, 1998, p.207.

ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, I,1. *Politica*, I,2.

ASCHERI M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008.

BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *riv.dir. civ.*, I, n.3, 1983, pp.205-216.

BOCCHINI F. - QUADRI E., *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 134.

BUONOCORE V. - in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2020.

BUONOCORE V., *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, in *riv. soc.*, n.2, 1970, pp.291-326.

CARBONE V., *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Il corriere giuridico*, II, 2012, pp.153-161.

CARINGELLA F.- BUFFONI L., *Manuale di diritto civile*, Dike, Barletta, 2018.

- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, in *riv. dir. comm.*, I, 1926.
- CARRARO G., *Abuso e frode nel diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2021.
- CIVERRA E., *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, Giuffrè, Milano, 2011.
- DAL MARTELLO A., *Limiti obiettivi del diritto della minoranza alla convocazione dell'assemblea*, in *Riv. Notar.*, 1956, p. 167-170.
- DELLI PRISCOLI L., *Luci e ombre della clausola di "roulette russa" tra causa in concreto e abuso del diritto*, in *Nuovo Diritto Società*, 2025, p.20.
- DE RETIS M.R., *Legittimazione dei soci ex art. 2409 c.c. e squeezouts of the minority*, in *giur. comm.*, 1996.
- DIAMANTI R., *La libertà come non dominio. Il contrasto all'uso arbitrario del potere attraverso la ragionevolezza, le clausole generali e l'abuso del diritto*, in *"Lavoro Diritti Europa" rivista nuova del diritto del lavoro*, II, 2024.
- DI BITONTO C., *Abuso del diritto di voto a carattere ostruzionistico (c.d. "delibere negative")*: *profili sostanziali*, in *Le società*, n.6, 2015, pp.700-711.
- DI BRINA L., *I poteri dei liquidatori di società di capitali*, in *Società*, 2012, p.768.
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto*, III, Ottocento e Novecento, Laterza, Bologna, 2020.
- FERRI G., *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p.723.
- FIorentini M., *Diritto romano e ambiente*, Corso di diritto romano.

FRAGONARA E.– MONTEVERDE A., *L'abuso del diritto nelle società di capitali*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2015, pp. 737-743.

FRANCHI A., *L'abuso del diritto nelle società*, Giuffrè, Milano 2020.

GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, n.2, 2011, pp.311-319.

GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, in comm. Scialoja-Branca, sub art. 1375, Zanichelli, Bologna, 1993.

GALGANO F.- SCHLESINGER P., *Le società' in genere. le società' di persone. Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2007.

GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Giuffrè, Milano, 1987.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019.

GIANNINI L. - VITALI M., *L'impugnativa della delibera di approvazione del bilancio nella società di capitali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2000.

GRIPPO G.- BOLOGNESI C., *L'assemblea nella società per azioni in trattato di diritto privato*, 2 ed., UTET giuridica, Torino 1995.

GUARINI M., *Il consenso "determinante" della minoranza nelle società di capitali tra clausole di salvaguardia e abuso di potere*, in *riv. Dir. Soc.*, n.2, 2018, pp. 352-390.

IANDOLI A.M., *La rilevanza del principio di buona fede: dalla rilevabilità d'ufficio dell'abuso di diritto all'obbligo di rinegoziazione delle pattuizioni contrattuali*, in rivista "Cammino Diritto", n.12, 2021.

- LERNER R.- TUCCI A., *Società per azioni. L'assemblea*, in trattato di diritto commerciale, BUONOCORE V. (fondato da), COSTI R. (diretto da), Giappichelli, sez. IV, 4 V, Torino, 2012.
- LIBRO VERDE, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 2001.
- MARZANO D., *Buona fede e divieto di abuso del diritto*, in Dike giuridica, contributo estratto dal *Manuale Ragionato di Diritto Civile* di CARINGELLA F., Dike giuridica, Barletta, 2023.
- MARTINES M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2006.
- MARTINES M.P., *L'abuso di minoranza nelle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 1997.
- MONTALENTI P., *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *riv. dir. civ.*, n.4, 2018, pp.873-909.
- KRAMER M.R.- PFITZER M.W., *The ecosystem of shared value*, in *Harvard business review*, 2016.
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa, dal medioevo all'età contemporanea*, Il mulino, Bologna, 2007.
- PASQUARIELLO C., *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. comm.*, I, 2002, pp. 129-149
- PARDOLESI R., *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, n.7-8, 2014, pp. 2039-2042
- PEDERSOLI E., *Convocazione pretestuosa*, in *Giur. comm.*, n. 6, 2023, pp. 1144-1159.
- PICCIAU C., *Decisioni in ordine alla distribuzione dell'utile e abuso della maggioranza*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2024, pp. 868-880.
- PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 2.

- PICCIONE F., *Aumento di capitale e abuso della maggioranza*, in *IUS societario*, 2022.
- PREITE D., *L' "abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992, p.3.
- PREITE D., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, UTET giuridica, Torino, 1993, p.138.
- QUATTROCCHIO L.M., *L'abuso del diritto nel diritto societario*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, pp. 79-115.
- RIVOLTA G.C.M., *In tema di abuso e di frode nel diritto societario*, in *riv. dir. comm.*, 2024, p. 2021.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.
- ROSELLI F., *La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi*, in *Giust. civ.*, n.2, 2014, pp. 565-588.
- ROTONDI M., *L'abuso di diritto. Aemulatio*, Cedam, Padova, 1979.
- SALVATI G.G., *L'interesse alla rimozione dell'esito negativo del voto assembleare al cospetto di una recente decisione*, in *Vita not.*, 2017, p. 1575.
- SCAGLIUSI M., *In tema di utilizzabilità di versamenti non imputati a capitale per coprire le perdite di esercizio*, in *Foro it.*, 2024, pp. 1595-1599.
- SERRA A., *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. COLOMBO e G.E. PORTALE, Torino, 1994, III, pp. 53 ss.
- SIMIONATO A., *L'abuso di maggioranza. Profili e limiti del controllo sulla maggioranza nelle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2023.
- SIMONETTI H., *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2000, pp. 479-501.

SMIRNE P.M., *Copertura di perdite superiori al capitale sociale nella s.r.l. tra liceità e abuso di minoranza*, in *Giur. comm.*, n.5., 2024, pp. 1060-1080.

TORRENTE A. - SCHLESINGER P, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015.

TORRI E., *Abuso del diritto: entelechia di un istituto; evoluzione, casistica, profili processuali*, in *Riv. della Corte dei Conti*, n. 6, 2023, I, pp. 1-35.

TROISI A., *L'abuso di maggioranza in caso di mancata distribuzione dei dividendi*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2024, II, pp. 856-867.