

Assemblea

Mala gestio per conflitto di interessi e transazione della società con altro coobbligato

CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 24 aprile 2007, n. 9901 - Pres. Lo Savio - Rel. Panzani - Sviluppo Italia s.p.a. c. F.F.

Mala gestio per conflitto di interessi - Azione sociale di responsabilità - Transazione - Condizioni di validità

(Cod. civ. artt. 1394, 2391, 2393, 2475 ter; D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 150)

I. In forza dell'art. 2393 c.c. compete esclusivamente all'assemblea dei soci il potere di deliberare sia il promovimento dell'azione sociale di responsabilità sia la rinuncia all'esercizio di tale azione, sia la transazione; pertanto, la rinuncia o la transazione effettuata senza la preventiva delibera assembleare è affetta da nullità assoluta e insanabile, deducibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio (massima non ufficiale).

Transazione con un coobbligato solidale - Clausola preclusiva della facoltà di profittare degli altri condebitori estranei - Validità

(Cod. civ. art. 1304)

II. È legittimo nella transazione tra il creditore e uno o più coobbligati l'inserimento di una clausola che escluda la possibilità per gli altri condebitori estranei, che non abbiano partecipato alla transazione, di profittare della stessa (massima non ufficiale).

Azione sociale di responsabilità - Transazione con coobbligati non amministratori - Mancanza della previa autorizzazione assembleare - Improduttività di effetti rispetto all'amministratore coobbligato

(Cod. civ. artt. 1304, 2393)

III. L'amministratore coobbligato solidale non può giovare della transazione dell'azione di responsabilità intervenuta con i coobbligati, in forza della sola disposizione contenuta nell'art. 1304 c.c., sì che tale transazione sarà improduttiva di effetti nei suoi confronti, ove non sia stata autorizzata da apposita delibera assembleare, senza il voto contrario della minoranza previsto dall'art. 2393 c.c. (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce violazione degli artt. 1304, 2393 c.c. nonché difetto di motivazione.

Osserva che il giudizio promosso contro Sanpaolo Finance s.p.a. e Finbrescia s.p.a. aveva oggetto diverso dall'azione promossa nei confronti del F., perché si riferiva soltanto alla quota del danno ascrivibile ai beneficiari «esterni» della vendita della partecipazione. La Corte d'Appello inoltre avrebbe omesso di motivare sull'applicabilità dell'art. 2393 c.c., vecchio testo, che, richiedendo che la transazione o la rinuncia all'azione

di responsabilità nei confronti degli amministratori fossero approvate dall'assemblea, poneva un'ulteriore condizione per poter beneficiare dell'effetto estensivo della transazione intervenuta con i coobbligati solidali, costituita dall'espressa deliberazione dell'assemblea, deliberazione il cui difetto è causa di nullità del negozio. (omissis).

2. Il primo motivo di ricorso è in parte inammissibile. La ricorrente afferma che la transazione intervenuta con Sanpaolo Finance, Fin.Cab., Situr ed Isvi riguardava esclusivamente la quota di danno ascrivibile ai beneficiari esterni della cessione del pacchetto azionario Val-

tur e non anche quella relativa al presidente del Consiglio di Amministrazione di Insud, F. L'oggetto della domanda risarcitoria sarebbe stato diverso.

In proposito la Corte d'Appello ha osservato che in entrambi i giudizi, quello promosso nei confronti di Sanpaolo Finance, Fin.Cab., Situr ed Isvi, e quello promosso nei confronti del F., era stato chiesto il risarcimento del danno per il mancato conseguimento da parte della venditrice del premio di maggioranza relativo alla partecipazione oggetto di cessione.

A fronte della precisa affermazione della sentenza impugnata, la ricorrente non precisa in che cosa si sarebbero differenziate le due azioni, limitandosi ad osservare che la transazione riguardava esclusivamente la quota di danno ascrivibile ai beneficiari esterni della cessione del pacchetto azionario. La censura è pertanto generica e non soddisfa il requisito di autosufficienza del ricorso.

È invece fondata la censura con cui la ricorrente lamenta violazione dell'art. 2393 c.c., per aver la Corte di merito ritenuto che la transazione giovasse al F., indipendentemente dalla circostanza che la transazione non fosse stata autorizzata dall'assemblea di Insud ai sensi dell'ora citato art. 2393, comma 4, c.c.

Questa Corte ha affermato che in forza dell'art. 2393 c.c. compete esclusivamente all'assemblea dei soci il potere di deliberare sia il promovimento dell'azione sociale di responsabilità sia la rinuncia all'esercizio di tale azione, sia la transazione; pertanto, la rinuncia o la transazione effettuata senza la preventiva delibera assembleare è affetta non da mera inefficacia, secondo la disciplina dell'atto posto in essere dal rappresentante senza poteri, ovvero da mera annullabilità, in base alle regole sul difetto di capacità a contrattare, ma da nullità assoluta e insanabile, deducibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio. La delibera assembleare costituisce modo formale e inderogabile di espressione della volontà della società di cui non sono ammessi equipollenti (Cass. 1.10.1999, n. 10869; Cass. 22.3.1983, n. 2012).

Per altro verso questa Corte ha affermato che è legittimo nella transazione tra il creditore e uno o più coobbligati l'inserimento di una clausola che escluda la possibilità per gli altri condebitori estranei, che non abbiano partecipato alla transazione, di profittare della stessa (Cass. 19.4.1991, n. 4257). Infatti, per il principio della autonomia negoziale (art. 1322 c.c.), è consentito alle parti di stabilire liberamente il contenuto del negozio, anche eventualmente alterandone gli effetti tipici (cfr. Cass. 23.6.1982 n. 3827).

Ad avviso del Collegio, pertanto, se in forza del principio dell'autonomia negoziale il creditore può limitare gli effetti del negozio al solo coobbligato con cui addiviene alla transazione, impedendo agli altri condebitori di giovare, *a fortiori* tale limite sussiste quando discende direttamente dalla legge, come appunto nel caso in cui la transazione con il coobbligato non possa di per se stessa essere stipulata autonomamente se non con l'intervento

di ulteriori condizioni, tra cui l'autorizzazione dell'assemblea sociale, il cui difetto è causa di nullità.

Si osservi che se la transazione fosse stata stipulata con il F., essa per essere valida ed efficace avrebbe richiesto l'approvazione dell'assemblea di Insud ai sensi dell'art. 2393 c.c. L'approvazione dell'assemblea, oltre a costituire forma tipica di espressione della volontà sociale, è posta a tutela dei soci di minoranza, perché è stabilito che il voto contrario della minoranza qualificata sia causa ostativa, obbligando la maggioranza a concordare con la minoranza il contenuto della transazione.

Se l'Amministratore convenuto in responsabilità potesse semplicemente giovare della transazione perfezionata con i coobbligati solidali, secondo la disciplina generale dettata dall'art. 1304 c.c., la particolare tutela della minoranza prevista dall'art. 2393 c.c. sarebbe svuotata di ogni contenuto, ogni volta che con l'azione di responsabilità fossero convenuti soggetti che, in parte, non sono amministratori e per i quali pertanto non sarebbe necessaria, per il perfezionamento della transazione, l'espressa approvazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2393 c.c. ed il difetto del voto contrario del quinto del capitale sociale.

Non resta pertanto che ritenere che l'Amministratore coobbligato solidale non possa giovare della transazione dell'azione di responsabilità intervenuta con i coobbligati, in forza della sola disposizione contenuta nell'art. 1304 c.c., sì che tale transazione sarà improduttiva di effetti nei suoi confronti, ove non sia stata autorizzata da apposita delibera assembleare, senza il voto contrario della minoranza previsto dall'art. 2393 c.c. 3. Il secondo motivo è inammissibile.

La Corte d'Appello ha ritenuto che il denunciato conflitto d'interessi tra il F. e la Insud s.p.a. da lui presieduta, conflitto che il Tribunale aveva ritenuto sussistente *ex art.* 1394 c.c. e dunque con riferimento all'atto negoziale di vendita stipulato dal F. nella sua veste di legale rappresentante di Insud, non sussistesse perché il contenuto dell'atto di vendita, per quanto concerneva la concessione della dilazione di pagamento, era conforme alla delibera del Consiglio di Amministrazione di Insud del 10.4.1991 e perché le riserve dei sindaci della società, successive alla vendita, avevano riguardato non la misura della dilazione, ma la sua durata.

Afferma la ricorrente che il Consiglio di Amministrazione autorizzò con la delibera del 10.4.1991 la concessione di una dilazione sulla base di una situazione di fatto, precedentemente rappresentata dal F. al consiglio, che prevedeva uno specifico contenuto negoziale, poi non attuato (pagamento del prezzo contestuale alla cessione; la rinuncia dell'acquirente a qualsiasi carica operativa in Valtur, in modo che Insud potesse mantenere il controllo anche dopo la cessione del pacchetto di maggioranza; il rilascio da parte dell'acquirente di specifiche garanzie di collaborazione con Insud per la gestione di Valtur; l'impegno del gruppo Sanpaolo ad effet-

tuare investimenti nel settore turistico e termale nel Mezzogiorno, in conformità ai fini istituzionali di Insud s.p.a.). Il consiglio si sarebbe fidato delle assicurazioni del F. relative alla convenienza di far subentrare a Insud un investitore istituzionale come Sanpaolo Finance che avrebbe garantito la continuazione degli investimenti della società nel Mezzogiorno e sarebbe stato convinto che il F. non si sarebbe discostato dalle istruzioni del MISM e dalle condizioni essenziali precedentemente approvate dallo stesso Consiglio di Amministrazione. Si sostiene, insomma, che se il Consiglio avesse saputo che l'operazione di cessione delle azioni Valtur sarebbe avvenuta alle condizioni poi effettivamente praticate, non avrebbe autorizzato la dilazione di pagamento. Senza entrare nel merito della tesi sostenuta dalla Corte d'Appello, secondo la quale le censure mosse al F. dalla ricorrente riguardavano non già il suo agire quale membro del Consiglio di Amministrazione e quindi il conflitto d'interessi ex art. 2391 c.c., ma la successiva condotta negoziale, posta in essere al momento della stipulazione del contratto di vendita delle azioni, sì che la norma di riferimento era costituita dall'art. 1394 c.c.,

occorre sottolineare che le circostanze ora poste in rilievo dalla ricorrente sono state esaminate dalla Corte di merito, che ha fatto propri i rilievi svolti dall'appellante F. nei motivi di gravame, con cui si sosteneva che le condizioni della vendita precedentemente fissate, erano state superate da eventi successivi, ed in particolare dall'autorizzazione alla vendita concessa dal Ministero con nota 13.3.1991 e dalla già ricordata delibera del Consiglio di Amministrazione. La Corte d'Appello ha, infatti, precisato che «... la stipula (era) stata conclusa alle condizioni previste nella delibera consiliare, la quale aveva peraltro determinato gli elementi essenziali ai quali il F. si è pienamente attenuto».

A fronte di tale precisa affermazione della sentenza impugnata, la ricorrente si limita a riproporre le tesi già sostenute nel giudizio di merito, avanzando una diversa valutazione delle risultanze processuali, inammissibile in questa sede, senza individuare né una specifica violazione delle norme richiamate - gli artt. 1394 e 2391 c.c. - né un vizio di contraddittorietà o insufficienza della motivazione.

(omissis).

IL COMMENTO

di Fabio Valenza

In tema di transazione dell'azione sociale di responsabilità, la delibera assembleare costituisce modo formale e inderogabile di espressione della volontà della società, di cui non sono ammessi equipollenti. La transazione stipulata dalla società sull'intera obbligazione risarcitoria con soggetti non amministratori, obbligati solidalmente con uno o più amministratori, non può spiegare alcun effetto nei confronti degli amministratori coobbligati e costoro non potranno giovare della possibilità di profittarne, offerta, in via generale, dall'art. 1304 c.c., se manchi l'espressa e specifica approvazione assembleare, adottata senza il voto contrario della minoranza qualificata. Allo stesso modo, se la delibera assembleare approvi la transazione relativa all'intera obbligazione risarcitoria, ma unicamente nei confronti di alcuno degli amministratori responsabili, gli altri amministratori coobbligati in solido non potranno profittarne, né la transazione potrà produrre alcun effetto, pur solo riflesso, nei loro confronti.

Il caso

I. - III. La sentenza in epigrafe presenta un indubbio interesse, tanto per lo studioso di diritto civile, quanto per quello di diritto commerciale. Essa infatti riguarda, sia la materia dell'azione sociale di responsabilità e, specificamente, delle condizioni di validità della transazione ad essa relativa, sia quella della transazione stipulata

con uno dei condebitori solidali e della portata applicativa dell'art. 1304 c.c.

La stessa fattispecie che ha originato la vicenda processuale, e precisamente un caso di responsabilità dell'amministratore per conflitto di interessi con la società amministrata, stimola una riflessione sui rapporti tra la normativa generale, portata dall'art. 1394 c.c., e quella particolare di cui all'art. 2391 c.c., e ciò benché la questione sia rimasta sullo sfondo ed appena toccata dalla decisione in commento.

L'analisi di tale fattispecie consentirà, altresì, di verificare la portata delle modifiche intervenute nella normativa societaria di riferimento.

La vicenda origina dalla cessione, da parte di F., presidente del consiglio di amministrazione della Alfa s.p.a., di un pacchetto azionario, pari al 30% del capitale di Beta s.p.a., a favore di Omega Finance s.p.a., la quale, in realtà, agisce per conto e nell'interesse di un socio di minoranza, Gamma s.p.a. che diventa, in tal modo, socio di maggioranza senza pagamento del relativo premio alla venditrice, che mai avrebbe, peraltro, autorizzato le facilitazioni di pagamento concesse, ove fosse stata a conoscenza dell'effettiva situazione.

La società Alfa s.p.a. promuove l'azione sociale di responsabilità contro F. per conflitto di interessi, contestando allo stesso di avere agito con piena consapevolezza che l'acquirente effettivo fosse il socio di minoranza. F. declina ogni responsabilità, sostenendo che la ces-

sione del pacchetto azionario era avvenuta alle condizioni preventivamente approvate dal consiglio di amministrazione di Alfa s.p.a. In pendenza di giudizio la società Alfa s.p.a. conclude una transazione con Omega Finance s.p.a. e con Gamma s.p.a., ponendo fine ad altra causa intrapresa per i medesimi fatti. F., venuto a conoscenza della transazione, dichiara di volerne profittare.

Il Tribunale, escludendo che F. possa beneficiare di una transazione avente ad oggetto una controversia promossa con diverso giudizio, condanna lo stesso al risarcimento dei danni, ravvisando il fondamento della sua responsabilità, non nella violazione dell'art. 2391 c.c. in relazione alla partecipazione in conflitto di interessi alla delibera del consiglio di amministrazione di Alfa s.p.a., ma nella violazione dell'art. 1394 c.c., e dunque per l'attività negoziale posta in essere stipulando il contratto di vendita del pacchetto azionario.

La Corte d'Appello accoglie l'impugnazione di F., sostenendo che il debitore solidale, ai sensi dell'art. 1304 c.c., è titolare di un diritto potestativo a beneficiare della transazione conclusa con gli altri debitori, a nulla rilevando che la transazione avesse avuto ad oggetto la controversia promossa con diverso giudizio, in quanto in entrambe le cause la società Alfa s.p.a. aveva chiesto il risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento del premio di maggioranza e la circostanza che, nei confronti del solo Filano, la domanda risarcitoria riguardasse anche il pregiudizio derivante dalla concessione di facilitazioni di pagamento non assumeva rilievo, in quanto Filano aveva stipulato la vendita alle condizioni autorizzate dal consiglio di amministrazione.

La Corte di cassazione, decidendo sul ricorso della società Alfa s.p.a., afferma, con la sentenza in epigrafe, che l'amministratore, coobbligato solidale, non può giovare della transazione dell'azione di responsabilità intervenuta con altri coobbligati, in virtù della sola disposizione contenuta nell'art. 1304 c.c., in quanto tale transazione è improduttiva di effetti nei suoi confronti, ove non sia stata autorizzata da apposita delibera assembleare, senza il voto contrario della minoranza previsto dall'art. 2393 c.c.

Responsabilità dell'amministratore per conflitto di interessi; rapporti tra l'art. 1394 e l'art. 2391 c.c.

Nell'ambito della tematica generale della responsabilità degli amministratori verso la società, disciplinata dall'art. 2392 c.c. (1), particolare rilievo assume l'ipotesi, ricorrente nella fattispecie oggetto della sentenza in epigrafe, della responsabilità dell'amministratore per conflitto di interessi (2): la norma di riferimento si trova nell'ambito della disciplina delle modalità procedurali, e, nella nuova normativa, anche sostanziali, che devono essere poste in essere dagli amministratori, ricorrendo una ipotesi di conflitto di interessi o, più ampiamente, secondo la nuova disciplina, di compresenza

di interessi (3). La normativa *ante* riforma si limitava a prevedere, secondo una regolamentazione di carattere formale, che l'amministratore, che in una determinata operazione avesse avuto, per conto proprio o di terzi, interesse *in conflitto* con quello della società, avrebbe dovuto *darne notizia* agli altri amministratori e al collegio sindacale, *astendosi* dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa, e che, solo in caso di mancata astensione dell'amministratore in conflitto, la delibera adottata avrebbe potuto essere impugnata entro tre mesi dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci, qualora avesse potuto arrecare danno alla società, e sempre che il voto dell'amministratore in conflitto fosse stato determinante per il raggiungimento della maggioranza richiesta (4).

La nuova disciplina dettata per le società per azioni (5) impone, invece, agli amministratori un obbligo

Note:

(1) Sul tema generale della responsabilità degli amministratori verso la società, cfr. A. Rossi, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. Ambrosini, Milano, 2007, 1-66; A. Franchi, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2004; C. Conforti, *La responsabilità civile di amministratori di società*, Milano, 2003; A. Rossi, in *Il nuovo diritto delle società* (a cura di A. Maffei Alberti), sub art. 2392, Padova, 2005, 791; M. Spiotta, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, sub art. 2392, Bologna, 2004, 765; A. De Nicola, in *Amministratori* (a cura di F. Ghezzi), sub art. 2392, Milano, 2005, 547; B. Quattraro, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori*, Milano, 1998; F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1995; V. Salafia, *La responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci nelle società di capitale*, a cura di F. Gilardi, Milano, 1995; M. Franzoni, *La responsabilità civile degli amministratori di società di capitali*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1994; R. Weigmann, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.

(2) Sul tema dell'idoneità del comportamento dell'amministratore in conflitto ad arrecare un danno alla società, cfr. P. De Marchis, *Il conflitto di interessi e il danno ingiusto alla società*, in questa *Rivista*, 1994, 771.

(3) Sul carattere innovativo della nuova disciplina con riguardo alla rilevanza degli interessi c.d. laterali degli amministratori, cfr. G. M. Zamperetti, *Il «nuovo conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in questa *Rivista*, 2005, 1085.

(4) Sul doppio presupposto cui era legata l'impugnazione della delibera e cioè che avesse potuto arrecare danno alla società e che senza il voto in conflitto la delibera non si sarebbe potuta adottare, cfr. F. Kustermann, *Delle società*, *Commentario*, Milano, 1988, 417.

(5) Sulla nuova disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a., anche con riguardo alla riduzione della rilevanza penale del comportamento dell'amministratore in conflitto, salvo quanto disposto dal nuovo art. 2629 *bis* per le società quotate in borsa o diffuse, cfr. M. Ventoruzzo, in *Amministratori* (a cura di F. Ghezzi), sub art. 2391, Milano, 2005, 423 ss.; L. Enriques - A. Pomelli, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, sub art. 2391, Padova, 2005, 758 ss.; G. Minervini, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 582 ss. Sul rapporto di coesistenza e complementarietà, in quanto operanti su piani diversi, dell'art. 2391 c.c. e dell'art. 150 D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), che prescrive che gli amministratori di società quotate riferiscano almeno trimestralmente al collegio sindacale sulla attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale della società e delle società controllate, con particolare riferimento a quelle nelle quali essi abbiano un interesse per conto

(segue)

di informazione per ogni loro interesse e, quindi, non solo per gli interessi in conflitto, ma anche per quelli neutri o convergenti, stabilendo che l'amministratore delegato deve astenersi dal compiere l'operazione, investendone il consiglio, mentre l'amministratore unico, per il quale non si prevede il divieto di compiere l'atto, deve riferirne alla prima assemblea utile (6). Più in particolare, la nuova normativa non si incentra più sul dovere di astensione dell'amministratore interessato a seguito di una generica comunicazione del proprio interesse in conflitto (7), ma sulla completezza della informazione richiesta (8), che deve riguardare la natura, i termini, l'origine e la portata del proprio interesse, e sulla necessaria ponderazione della deliberazione, che deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza, per la società, dell'operazione (9). Si prevede, conseguentemente, che la delibera può essere impugnata, qualora possa arrecare danno alla società, non solo nel caso di partecipazione determinante dell'amministratore in conflitto, ma anche nei casi di inosservanza degli obblighi di esauriente comunicazione e di adeguata motivazione (10). Nell'ambito di tale regolamentazione, si è tradizionalmente collocata anche la norma, che, specificamente, riguarda la responsabilità dell'amministratore in conflitto di interessi (11): secondo la vecchia formulazione della norma, contenuta nel secondo comma del previgente art. 2391 c.c., in caso di inosservanza degli obblighi di comunicazione e di astensione, l'amministratore rispondeva delle perdite, che fossero derivate alla società dal compimento dell'operazione (12); secondo il penultimo comma dell'attuale art. 2391 c.c., l'amministratore risponde dei danni, derivati alla società dalla sua azione od omissione.

L'oggetto del risarcimento, dunque, nella nuova norma, non è più costituito dalle «perdite», ma, più ampiamente, dal danno derivato alla società dall'azione o dall'omissione dell'amministratore, sia sotto il profilo del danno emergente, sia sotto quello del lucro cessante (13). I danni risarcibili sono quelli legati all'operazione, ma pur sempre derivanti dall'inosservanza dei doveri dell'amministratore, e, particolarmente, da sue azioni od omissioni, quali, nell'ambito delle azioni, la partecipazione determinante alla deliberazione, ovvero, in caso di amministratore delegato, il compimento dell'operazione, e, nell'ambito delle omissioni, la violazione del dovere di informazione, sia quale mancanza della comunicazione dell'interesse, sia quale incompletezza della comunicazione stessa (14), ed ancora l'omissione di un atto vantaggioso per la società e svantaggioso per sé (15).

Note:

(segue nota 5)

proprio o di terzi, cfr. G. M. Zamperetti, *op. cit.*, 1085 ss. Sulla disciplina delle operazioni con parti correlate nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, di cui all'art. 2391 bis e sulla non coincidenza tra operazioni con parti correlate e sussistenza di un interesse di un amministratore, cfr. G. Minervini, *op. cit.*, 598-602 ss. Sulla diversa disciplina

prevista per la società a responsabilità limitata dall'art. 2475 ter c.c., sotto il profilo della omessa previsione di alcun obbligo di condotta preventiva, della previsione dell'annullabilità delle decisioni consiliari adottate con il voto determinante dell'amministratore in conflitto, in presenza di un danno effettivo e non meramente potenziale e del diverso presupposto di applicazione, legato ad una situazione di conflitto e non di semplice compresenza di interessi dell'amministratore, cfr. M. Irrera, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, *sub art.* 2475 ter, Bologna, 2004, 1869-1870; F. Olivero, *Gli amministratori di s.r.l. L'autonomia statutaria*, Torino, 2005, 171 ss. Sul rapporto tra l'interesse degli amministratori «per conto proprio o di terzi» e l'interesse di gruppo, cfr. A. Bellacosa, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da G. Fauceglia e G. Schiano di Pepe, t. 2, *sub art.* 2391, Torino, 2007, 724-730.

(6) Cfr. A. Bellacosa, *op. cit.*, 720.

(7) Si discute, peraltro, se l'amministratore che abbia comunicato il proprio interesse sia ammesso al voto in ogni caso oppure soltanto a condizione che il suo voto non sia determinante per la delibera. Cfr., nel primo senso, M. Ventoruzzo, *op. cit.*, 425, nel secondo senso, D. Candellero, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, *sub artt.* 2390-2391, Bologna, 2004, 757. A ben vedere, la questione da porre non è tanto se l'amministratore interessato debba o possa astenersi, quanto quella se il presidente possa escluderlo dal voto e la nuova formulazione della norma sembra non consentire questa possibilità di esclusione.

(8) Cfr., in tal senso, L. F. Paolucci, *Il dilemma dell'amministratore gentiluomo. Alcune considerazioni ex art. 2391 c.c.*, in questa *Rivista*, 2007, 1097.

(9) Sul contenuto dell'obbligo di comunicazione e di motivazione, cfr. A. Bellacosa, *op. cit.*, 730-734.

(10) Sulla rilevanza della violazione degli obblighi di disclosure e di motivazione, cfr. M. Ventoruzzo, *op. cit.*, 427. Ritiene che anche in caso di violazione di uno soltanto dei due obblighi la deliberazione possa essere impugnata, precisando che, nel caso in cui vi sia stata la informazione ma non la motivazione, l'impugnativa può essere proposta solo dai consiglieri contrari, assenti o astenuti, A. Bellacosa, *op. cit.*, 734-735.

(11) Si è precisato che la responsabilità prevista dall'art. 2391 c.c. riguarda il solo amministratore interessato, mentre, rispetto a quanti partecipino alla deliberazione, approvandola e motivandola, si ritiene che la responsabilità derivi dalla norma generale dell'art. 2392 c.c. Cfr., in tal senso, G. Guizzi, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 670; L. Enriques - A. Pomelli, *op. cit.*, 777.

(12) La dottrina prevalente riteneva che la responsabilità fosse limitata al danno emergente e non anche al mancato guadagno. Cfr., in tal senso, F. Kusterman, *op. cit.*, 417; F. Ferrara Jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1984, 496; G. Frè, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1982, 497; *contra* O. Cagnasso, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato Colombo-Portale*, 4, Torino, 1991, 272.

(13) Cfr. M. Ventoruzzo, *op. cit.*, 484; A. Franchi, *op. cit.*, 10.

(14) Si è precisato che nel concetto di omissione si deve intendere anche l'omissione di tutti quegli atti che l'amministratore deve compiere con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, di guisa che un comportamento di mera astensione non sarebbe sufficiente a porlo al riparo da responsabilità. Cfr., in tal senso, L.F. Paolucci, *op. cit.*, 1096-1097. A questa conclusione era peraltro giunta la giurisprudenza di merito già sotto il vigore della disciplina previgente, essendosi affermato che «per essere esonerato da responsabilità non è sufficiente che l'amministratore di una società di capitali si astenga dal voto inerente una deliberazione pregiudizievole in cui si trova in conflitto di interessi, in quanto al momento della deliberazione deve esprimere il proprio dissenso, farlo annotare a verbale, comunicarlo per iscritto al presidente del collegio sindacale, e successivamente, nella fase di attuazione della delibera, deve vigilare e intervenire per eliminare o, quantomeno attenuare, le conseguenze dannose dell'operazione precedentemente deliberata». Cfr., in termini, App. Milano 6 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 1998, 2350.

(15) Cfr. A. Franchi, *op. cit.*, 10-11. Sulla nuova regolamentazione della responsabilità per i danni da indebito utilizzo di notizie riservate ed opportunità di affari, introdotta dall'ultimo comma dell'art. 2391 c.c., cfr. A. Bellacosa, *op. cit.*, 744-747.

Elemento essenziale della responsabilità dell'amministratore rimane il nesso di causalità tra l'azione od omissione dell'amministratore ed il danno arrecato alla società (16). In particolare, nel caso di responsabilità per omessa comunicazione dell'interesse, dovrà essere data la prova che la conoscenza delle informazioni, che l'amministratore avrebbe dovuto comunicare, avrebbe indotto il consiglio di amministrazione a non compiere l'operazione, poi rivelatasi dannosa (17).

La presenza, tanto nella vecchia, quanto nella nuova disciplina, di una norma, che preveda, specificamente, la responsabilità dell'amministratore per i danni o le perdite derivati alla società dal suo comportamento in conflitto di interessi, costituisce indice di una non perfetta corrispondenza dell'insieme delle conseguenze, anche fattuali, che possono derivare dall'agire in conflitto dell'amministratore di società, rispetto all'agire in conflitto del comune rappresentante volontario. La disciplina del conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, di cui all'art. 1394 c.c., non è, come appare invece in ambito societario, tutta incentrata sul profilo della responsabilità per danni del rappresentante in conflitto, quanto, piuttosto, sulla facoltà concessa al rappresentato di respingere dalla propria sfera giuridica gli effetti e, quindi, le conseguenze, anche dannose, dell'agire in conflitto del rappresentante, attraverso l'esercizio dell'azione di annullamento, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo. In ambito societario, invece, l'espresso richiamo normativo alla responsabilità dell'amministratore in conflitto sembra sottendere la previsione di una *ampia* serie di casi, in cui non sia, in altro modo, possibile per la società respingere da sé le conseguenze pregiudizievoli dell'agire interessato dell'amministratore. Questa diversa prospettiva, in cui si pone il legislatore, nel disciplinare le conseguenze dell'agire interessato dell'amministratore di società, è tanto più evidente, ove si consideri che la norma sulla responsabilità dell'amministratore per conflitto di interessi, nel nuovo articolo 2391 c.c., è posta immediatamente dopo la previsione della salvezza dei diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione consiliare impugnata.

L'esame del rapporto tra le due norme, quella del conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, di cui all'art. 1394 c.c., e quella in ambito societario, di cui all'art. 2391 c.c. (18), evidenzia che, mentre quest'ultima norma presuppone l'impugnativa della deliberazione nel termine di novanta giorni, la potenzialità del danno e la prova della assenza di buona fede, cioè della mala fede del terzo, vale a dire della consapevolezza, da parte del terzo, della persistente rilevanza, potenzialmente dannosa, dell'interesse di un amministratore in conflitto, pur nell'esistenza di una delibera consiliare relativa a quella determinata operazione, per l'art. 1394 c.c. l'azione è proponibile nel termine di prescrizione di cinque anni e con la sola prova della conoscenza o co-

noscibilità del conflitto di interessi, in cui versa il rappresentante volontario (19).

Emerge subito, da questa breve analisi dei tratti differenziali di disciplina, che presupposto della norma, di cui all'art. 2391 c.c., è l'esistenza di una delibera del consiglio di amministrazione (20), nella quale ipotesi la semplice conoscibilità del conflitto di interessi, in cui versa un amministratore, non è sufficiente per far venir meno l'acquisto del terzo.

Il rapporto tra le due norme è stato, di recente, colto molto efficacemente dalla giurisprudenza del Supremo Collegio nella sentenza del 26 settembre 2005, n. 18792, per la quale «gli articoli 1394 e 2391 c.c. si pongono, tra di loro, in una relazione di reciproca esclusione, avendo ciascuno un proprio ambito di operatività. Mentre, in particolare, l'art. 1394 c.c. si applica agli atti compiuti dal rappresentante di società di capitali quando manchi una deliberazione del consiglio di amministrazione con la determinazione del contenuto del contratto, si applica, invece, l'art. 2391 c.c. nel caso in cui il conflitto di interessi emerga in sede deliberativa, anche quando l'attuazione del contratto sia affidata all'amministratore in conflitto di interessi con la società. Conseguentemente il contratto è suscettibile di venire annullato ai sensi dell'articolo 1394 se sia concluso dall'amministratore unico o dall'amministratore munito di potere di rappresentanza che, delegato o no, agisca senza una preventiva deliberazione consiliare. In ogni altra ipotesi la conclusione del contratto è deliberata dal consiglio di amministrazione e il conflitto di interessi si manifesta già nella fase della deliberazione, sicché trova applicazione l'art. 2391 e l'annullamento del contratto è possibile solo se sia prima annullata la deliberazione che ne ha deciso la conclusione, previa dimostrazione della malafede del terzo. Ne deriva, in conclusione, una minore tutela della società rispetto all'ipotesi di contratto concluso dall'amministratore al di fuori di deliberazione consiliare» (21).

Note:

(16) Cfr. U. Patroni Griffi, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, *sub* art. 2391, Torino, 2003, 466; G. Guizzi, *op. cit.*, 669; A. Bellacosa, *op. cit.*, 744.

(17) Cfr. A. Franchi, *op. cit.*, 11.

(18) Sul rapporto tra l'art. 2391 c.c. e l'art. 1394 c.c., cfr. M. Ventoruzzo, *op. cit.*, 482-483; L. Enriques - A. Pomelli, *op. cit.*, 774-776; A. Bellacosa, *op. cit.*, 741-743; M. Tassi, *Conflitto di interessi dell'amministratore: rapporto tra art. 1394 e art. 2391 c.c.*, in questa *Rivista*, 1997, 291 ss.; D. Macri, *Rilevanza esterna del conflitto di interessi nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 43 ss.

(19) Cfr. A. Bellacosa, *op. cit.*, 742-743.

(20) Cfr. Cass. 17 novembre 1994, n. 9710, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 108; Cass. 1 febbraio 1992, n. 1089, in questa *Rivista*, 1992, 785; Cass. 5 luglio 1984, n. 3945, in *Dir. fall.*, 1984, II, 976; Cass. 26 settembre 1969, n. 3136, *ivi*, 1970, II, 441, e, in dottrina, C. Angelici, *Amministratori di società, conflitto di interessi ed art. 1394*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 104 ss.; F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1992, 81, nota 145.

(21) Cfr. Cass. 26 settembre 2005, n. 18792, in *Guida al dir.*, 2005, f. 43, (segue)

Questa minore tutela per la società, derivante dalla disciplina di cui all'art. 2391 c.c., rispetto a quella di cui all'art. 1394 c.c., è stata tradizionalmente giustificata, considerando che le garanzie di ponderazione ed oculatezza, offerte dal metodo collegiale ridurrebbero i rischi di comportamenti pregiudizievoli, rispetto al caso di un atto compiuto dall'amministratore unico o delegato (22).

Se, ad esempio, il presidente del consiglio di amministrazione in conflitto di interessi ha comunicato agli altri amministratori e al collegio sindacale la natura, i termini, l'origine e la portata del proprio interesse nell'operazione e la delibera del consiglio di amministrazione, adottata senza il voto determinante del presidente in conflitto, ha adeguatamente motivato le ragioni e la convenienza, per la società, dell'operazione, delegando lo stesso presidente al compimento dell'atto, potrà sempre dirsi sussistente la conoscibilità, da parte del terzo, della situazione di conflitto di interessi, in cui versa il legale rappresentante, nonostante l'esistenza di una delibera consiliare autorizzativa, ma non per questo il terzo può considerarsi in mala fede, nel senso richiesto dall'art. 2391 c.c.

Affinché, in questa ipotesi, il terzo possa essere considerato in mala fede, occorrerebbe dimostrare la sua consapevolezza della persistente rilevanza, potenzialmente dannosa, dell'interesse in conflitto del presidente, pur nell'esistenza di una delibera consiliare relativa a quella determinata operazione, e ciò, ad esempio, qualora la delibera non avesse previsto dettagliatamente tutte le clausole e condizioni dell'atto da compiere, lasciando un certo margine di discrezionalità al presidente e questi abbia, in concreto, usato, nella consapevolezza del terzo, la discrezionalità concessagli a suo vantaggio ed a danno della società (23).

Rimarrebbe, in questa ipotesi, probabilmente, la possibilità di invocare l'applicazione dell'art. 1394 c.c., anche a prescindere dalla impugnabilità della precedente delibera consiliare (24).

Nella fattispecie oggetto della sentenza in epigrafe, la questione dei rapporti tra le due norme rimane sullo sfondo della decisione, in quanto riguarda questioni di merito, già affrontate nei precedenti gradi di giudizio.

Merita, tuttavia, attenzione il rilievo dato dalla Corte di merito alla circostanza che la stipula fosse stata conclusa alle condizioni predeterminate dalla delibera consiliare, sì da escludere che potesse residuare spazio per una applicazione dell'art. 1394 c.c.

La transazione dell'azione sociale di responsabilità: condizioni di validità

All'assemblea dei soci è attribuito, non solo il potere di deliberare l'azione sociale di responsabilità (25), ma anche quello di rinunciare all'esercizio dell'azione o di transigere in merito alla stessa. Il potere di rinuncia e transazione è, peraltro, attribuito alla società, a condizione che entrambe siano state approvate con espressa de-

libera dell'assemblea e che non vi sia stato il voto contrario di una minoranza qualificata di soci, pari ad un quinto del capitale sociale, ovvero, secondo la nuova disciplina, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, pari ad un ventesimo del capitale sociale, ovvero, sempre secondo la nuova disciplina, pari al *quorum* che legittimerebbe l'azione sociale di responsabilità, da parte della minoranza, ai sensi del nuovo art. 2393 bis c.c. (26).

Vi è, peraltro, una differenza in ordine al rilievo che ha la delibera assembleare, rispetto al promuovimento

Note:

(segue nota 21)

81. In senso corrispondente, già Trib. Napoli 15 luglio 1996, in questa *Rivista*, 1997, 291 e Trib. Catania 9 settembre 1999, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 37.

(22) Cfr. V. Calandra Bonaura, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato Colombo-Portale*, 4, Torino, 1991, 173.

(23) Cfr. A. Bellacosa, *op. cit.*, 743; L. Enriques - A. Pomelli, *op. cit.*, 775, che peraltro ritengono applicabile la disciplina di cui all'art. 1394 c.c. anche relativamente a quei profili del negozio che siano stati prefissati nella deliberazione.

(24) Cfr. D. Macrì, *op. cit.*, 54-55, che più in generale aderisce alla tesi per la quale gli effetti dell'art. 2391 c.c. si esplicano solo nell'ambito endosocietario e sono diretti nei confronti degli amministratori in conflitto e non si estendono al regime giuridico dei contratti esecutivi della deliberazione consiliare viziata. In tal senso, in giurisprudenza, cfr. Tribunale di Foggia 14 gennaio 2003, in *Banche dati giuridiche Platinum*, 5, 2006.

(25) Sull'azione sociale di responsabilità, cfr., in generale, F. Auletta, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, t. 1, sub. art. 2393, Torino, 2003, 479 ss.; E. Dalmotto, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, sub artt. 2393-2393 bis, Bologna, 2004, 803.

(26) Sulla rinuncia e transazione all'azione sociale di responsabilità, cfr. A. Picciau, in *Amministratori* (a cura di F. Ghezzi), sub artt. 2393-2393 bis; 2394 bis, Milano, 2005, 593-597. Sulla rinuncia e transazione all'azione sociale promossa dalla minoranza, di cui all'art. 2393 bis, nel senso che la rinuncia o la transazione sul diritto di azione dei soci o meglio della minoranza non incide sul diritto sostanziale della società e che la stessa rinuncia o transazione dell'azione da parte della società non esclude che i soci possano agire ai sensi dell'art. 2393 bis, facendo valere un danno residuo, ai sensi dell'art. 2409 *decies*, comma 5, applicato in via di interpretazione estensiva a prescindere dal sistema di amministrazione e controllo adottato, cfr. A. Rossi, *Responsabilità verso la società per azioni*, cit., 47-52. Ne deriverebbe, come ammette lo stesso autore, *ivi* 51, un effetto disincentivante e che una transazione potrebbe verosimilmente essere raggiunta soltanto con la partecipazione di tutti i protagonisti: società, soci e convenuti. Sembra invece preferibile la tesi per la quale, a parte la specifica ipotesi prevista dall'art. 2409 *decies*, comma 5, c.c., il giudizio può essere definito dai convenuti raggiungendo un accordo transattivo anche e solo con la società, stante la salvaguardia degli interessi della minoranza disposta attraverso il richiamo all'ultimo comma dell'art. 2393 c.c. operato dall'ultimo comma dell'art. 2393 bis, con la conseguenza che, in assenza di un voto contrario della minoranza qualificata all'esercizio dell'azione di responsabilità ex art. 2393 bis c.c., la società potrebbe rinunciare all'esercizio dell'azione o transigere, indipendentemente dall'atteggiamento assunto dai soci di minoranza nel giudizio. Cfr., in tal senso, U. De Crescenzo, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da G. Fauceglia e G. Schiano di Pepe, t. 2, sub art. 2393 bis, Torino, 2007, 803-813. Evidenzia le particolarità del nuovo istituto, V. Salafia, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in questa *Rivista*, 2002, 1470. Sull'azione sociale della minoranza, cfr., altresì, A. Picciau, *op. cit.*, 597-645; sulla disciplina prevista per la s.r.l. dall'art. 2476 c.c., cfr. O. Cagnasso, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, sub art. 2476, Bologna, 2004, 1875-1892.

dell'azione di responsabilità, ovvero rispetto alla rinuncia o transazione.

Si ritiene, infatti, in dottrina ed in giurisprudenza, che la delibera assembleare di promuovimento dell'azione sociale di responsabilità sia una condizione dell'azione, che deve essere presente al momento della decisione, e non un presupposto processuale, in assenza del quale l'azione non possa essere iniziata, di guisa che si ritiene possibile che il legale rappresentante della società promuova l'azione senza alcuna previa autorizzazione da parte dell'assemblea, a condizione che la delibera assembleare autorizzativa venga adottata e prodotta in giudizio prima della decisione giudiziale (27).

Dottrina e giurisprudenza sono concordi, invece, nell'affermare che la preventiva delibera assembleare sia condizione di validità della rinuncia o transazione, che, in difetto della preventiva *approvazione* assembleare, dovranno considerarsi affetti, non da mera inefficacia, secondo la disciplina dell'atto posto in essere dal rappresentante senza poteri, ovvero da mera annullabilità, in base alle regole sul difetto di capacità a contrattare, ma da nullità assoluta ed insanabile, deducibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio, per violazione della norma imperativa dell'art. 2393 c.c. Per tale norma, infatti, la delibera assembleare costituisce modo formale e inderogabile di espressione della volontà della società, di cui non sono ammessi equipollenti, dovendosi escludere ogni potere dell'amministratore di formulare una volontà negoziale al riguardo, in mancanza di tale previa deliberazione (28).

È ovvio, peraltro, che può parlarsi di rinuncia e transazione nel presupposto che l'azione di responsabilità contro gli amministratori sia stata già deliberata, giacché altrimenti l'assemblea ordinaria potrebbe approvare l'operato degli amministratori, liberandoli così dalla responsabilità verso la società (29).

Altro elemento di distinzione, tra la delibera assembleare di promuovimento dell'azione sociale di responsabilità e la delibera assembleare, che espressamente approva la rinuncia o la transazione, è costituito dal fatto che, mentre non si richiede che l'assemblea individui gli elementi sostanziali della domanda giudiziale, avendo la relativa delibera soltanto la funzione di legittimazione all'esercizio dell'azione (30), appare condivisibile quell'orientamento dottrinario, che, in linea con i principi generali relativi ai negozi abdicativi, che impongono l'individuazione precisa e certa del diritto dismesso, ritiene indispensabile che la rinuncia e la transazione debbano essere, non semplicemente autorizzate, ma approvate dall'assemblea, nel senso che il consenso preventivo debba essere dato ad uno schema sufficientemente determinato, in quanto altrimenti non si riuscirebbe a comprendere come sia possibile approvare una rinuncia o una transazione, che non siano ancora avvenute (31).

Se, in altri termini, il potere di formazione della volontà sociale, in ordine alla transazione o rinuncia all'azione di responsabilità, spetta, in via esclusiva, all'assem-

blea, è logico ritenere che la cosiddetta approvazione debba riguardare uno schema negoziale già completo. Altrettanto logica conclusione è quella, per la quale, nella fungibilità della forma negoziale adottata, la cosiddetta approvazione, che l'assemblea dovesse dare ad una transazione (già stipulata, ma) da essa non deliberata, non potrebbe assumere il significato di una ratifica di un negozio altrimenti non opponibile alla società, ma funzionerebbe come dichiarazione conclusiva del negozio di transazione e, quindi, con efficacia *ex nunc* (32).

Altri due profili di disciplina meritano di essere trattati.

Il primo è quello relativo alla legittimazione al voto del socio, che abbia rivestito la carica di amministratore e nei cui confronti sia stata esercitata l'azione di responsabilità da transigere. È evidente, in questa ipotesi, come in quella della delibera di promuovimento dell'azione di responsabilità, la ricorrenza di una situazione di conflitto di interessi, specificamente considerata dall'articolo 2373 c.c., di guisa che il socio - *ex amministratore* non può esercitare il diritto di voto (33) e le sue azioni vanno computate nel *quorum* costitutivo dell'assemblea, ma non in quello deliberativo (34).

Note:

(27) Cfr. M. Delucchi, *Nullità della rinuncia o transazione dell'azione ex art. 2393 senza approvazione assembleare*, in questa Rivista, 2000, 433 ss.; Cass. 11 novembre 1996, n. 9849, *ivi*, 1997, 641; Trib. Milano 15 maggio 1986, *ivi*, 1986, 1221; Trib. Milano 28 gennaio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, 438.

(28) Cfr. Cass. 1 ottobre 1999, n. 10869, in *Mass. Giur. it.*; Cass. 22 marzo 1983, n. 2012, in *Foro it.*, 1983, I, 2171; Trib. Milano 31 ottobre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, 828 ss., con nota di D. Piselli, *Note in tema di diritto di informazione dell'azionista*, *ivi*, 841 ss. Nello stesso senso, Cass. 11 agosto 1972, n. 2681, in *Foro it.*, 1973, I, 746 ss.; Trib. Genova 29 gennaio 1985, in *Società*, 1987, 47; *contra* Trib. Torino 13 giugno 1966, in *Foro pad.*, 1967, I, 917 e in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, 469, che ha ritenuto annullabile la transazione non preceduta da deliberazione assembleare. In dottrina, nel senso della nullità, cfr. F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 112 nota 55, 120 nota 76 e 131 nota 100; C. Silveti - G. Cavalli, *Le Società per azioni. Gli organi e il controllo giudiziario*, Torino, 1996, II, 3 ed., 467; M. Franzoni, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002, 352; A. Rossi, in *Il nuovo diritto delle società* (a cura di A. Maffei Alberti), *sub art.* 2393, Padova, 2005, 820; *contra*, nel senso della inefficacia della transazione non preceduta da delibera assembleare, cfr. F. Ferrara Jr - F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992, 559; P. Benazzo, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità*, Padova, 1992, 372 ss., 382.

(29) Cfr. G. Frè, 1982, 520; G. Ferri, *Le società*, 3 ed., in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, 717.

(30) Cfr. Cass. 11 novembre 2005, n. 21858, in *Mass.*, 2005, 1946; Cass. 18 giugno 2005, n. 13169, *ivi*, 2005, 1831; A. Picciau, *op. cit.*, 579, 580; M. Franzoni, *Gli amministratori e i sindaci*, *cit.*, 316; R. Weigmann, *op. cit.*, 209.

(31) Cfr. G. Frè - G. Sbisà, *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, V, *sub art.* 2325-2409, Bologna-Roma, 1998, 856; G. Ferri, *op. cit.*, 717; R. Weigmann, *op. cit.*, 210 ss.

(32) Cfr. Cass. 11 agosto 1972, n. 2681, *cit.*

(33) Cfr. A. Rossi, in *Il nuovo diritto delle società* (a cura di A. Maffei Alberti), *sub art.* 2393, *cit.*, 819.

(34) Cfr., per tutte, in giurisprudenza, Cass. 2 settembre 1998, n. 8699, (segue)

L'altro profilo di disciplina da esaminare è quello che introduce agli argomenti che saranno sviluppati nei paragrafi successivi della presente nota e cioè riguarda l'ipotesi che la transazione intervenga solo con taluni degli amministratori.

La dottrina specialistica si è chiesta, se e come sia possibile evitare, in questa ipotesi, che gli altri amministratori, condebitori solidali, possano profittarne ex art. 1304, comma 1, c.c., andando così esenti da responsabilità.

La risposta data, per la quale è necessario che la transazione sia espressamente limitata alla quota dell'amministratore transigente, sia cioè una transazione parziale, che non si estende all'intero debito (35), merita, peraltro, di essere vagliata alla luce dei risultati dottrinali e giurisprudenziali in tema di transazione stipulata con uno dei condebitori solidali.

La transazione stipulata con uno dei condebitori solidali: profili generali

La fattispecie della transazione stipulata con uno dei condebitori o dei concreditori solidali (36) viene espressamente disciplinata dall'art. 1304 c.c., per il quale «la transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare» e «parimenti, se è intervenuta tra uno dei creditori in solido e il debitore, la transazione non ha effetto nei confronti degli altri creditori, se questi non dichiarano di volerne profittare».

Diverse sono le questioni interpretative suscitate dalla disposizione appena richiamata e diverse e spesso contrastanti sono state le risposte ad esse date dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Dottrina e giurisprudenza, peraltro, concordano nel ritenere che la disciplina in esame riguardi l'ipotesi di transazione oggettivamente estesa all'intero debito solidale, esulando invece dalla stessa ipotesi, ove ritenuta ammissibile, di transazione limitata alla quota del consorte transigente (37).

Non tutti gli autori considerano, peraltro, ammissibile la transazione *pro quota*.

Una parte della dottrina, infatti, nega la configurabilità della fattispecie, atteso che la lite investe l'obbligazione nella sua interezza, per il connotato dell'identità oggettiva del debito, che impedirebbe il sorgere di liti limitate ad una frazione del rapporto e, conseguentemente, anche la transazione avente la funzione di superare o prevenire la lite non potrebbe che riguardare l'intera obbligazione solidale (38).

Si è, peraltro, replicato che, come il creditore può limitarsi a chiedere ad un condebitore solidale solo la sua quota interna, così può limitarsi a transigere solo limitatamente alla quota medesima (39).

Altra parte della dottrina (Rubino) ritiene sempre ammissibile una transazione *pro quota*, con l'identità degli effetti di porre fine alla solidarietà, sia in caso di

transazione novativa, sia in caso di transazione non novativa; ed infatti la circostanza che l'art. 1304 c.c. non la preveda, a differenza degli artt. 1300 e 1301 c.c., rispettivamente in tema di novazione e di remissione, non costituirebbe motivo sufficiente per considerarla inammissibile, potendo essa, pur sempre, trovare valido e sufficiente fondamento nell'autonomia privata (40).

Altra posizione dottrinale ritiene che gli effetti della transazione parziale, e cioè lo scioglimento del vincolo solidale nei confronti del condebitore transigente e la riduzione del debito degli altri condebitori della quota del consorte transigente, sarebbero compatibili soltanto con la transazione parziale novativa, giacché solo in tale ipotesi, di transazione appunto novativa, il vincolo solidale si scioglie (41).

Queste considerazioni, peraltro, non sono di ostacolo, secondo altra dottrina, all'ammissibilità di una transazione parziale non novativa, ove questa sia preceduta

Note:

(segue nota 34)

in *Giust. civ.*, 1999, I, 1439, con nota di Vidiri, per la quale «in tema di deliberazioni assembleari, costituisce principio generale quello secondo cui, se il *quorum* deliberativo deve essere computato non già in rapporto all'intero capitale sociale, ma alla sola parte di esso facente capo ai soci aventi diritto di voto, con esclusione della quota del socio che versi in conflitto di interessi, di questa, tuttavia, deve tenersi conto ai fini del *quorum* costitutivo, ai sensi dell'art. 2373, ult. comma, c. c.».

(35) Cfr. F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 297, per il quale «se la transazione interviene con solo taluni degli amministratori, per evitare che gli altri amministratori condebitori solidali possano profittarne ex art. 1304 c.c. (andando così esenti da responsabilità), è necessario che la transazione sia espressamente limitata alla quota dell'amministratore transigente, sia cioè una transazione parziale, che non si estende all'intero debito». In tal senso, cfr. anche C. Conforti, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, t. 2, Milano, 2003, 690-691.

(36) Sulla transazione nelle obbligazioni solidali, cfr., in generale, M. Franzoni, *La transazione*, Padova, 2001, 288 ss.; G. Cerdonio Chiaromonte, *La transazione nelle obbligazioni solidali*, in *Studium iuris*, 1997, 798 ss.

(37) Cfr. G. Amorth, *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il condebitore che non vi ha partecipato*, nota a Trib. Reggio Emilia 4 marzo 1966, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1609 s.; Id., *Transazione pro quota di obbligazione solidale*, nota a Trib. Milano 20 giugno 1952, in *Tem*, 1953, 59 ss.; D. Rubino, *Delle obbligazioni*, artt. 1285-1320, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1961, 278 ss.; M. Costanza, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978, 51 ss.; E. Valsecchi, *Gioco e scommessa. La transazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXVII, t. 2, Milano, 1954, 316 s.; E. Del Prato, voce *Transazione* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 833; C.M. Mazzoni, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato Rescigno*, 9, t. 1, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1984, 616, e, in giurisprudenza, Cass. 5 luglio 1991, n. 7413, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, 1837; Cass. 19 dicembre 1991, n. 13701, in *Corr. giur.*, 1992, 425; Cass. 29 agosto 1990, n. 8957, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, II, 1638; Cass. 12 maggio 1978, n. 2327, in *Mass. Giust. it.*, 1978, c. 537.

(38) Cfr. F. Carresi, *La transazione*, in *Trattato Vassalli*, IX, t. 3, Torino, 1966, 185, n. 3.

(39) Cfr. G. Amorth, *Transazione di obbligazione solidale e regresso verso il condebitore che non vi ha partecipato*, cit., c. 1609.

(40) Cfr. D. Rubino, *op. cit.*, 279.

(41) Cfr. G. Amorth, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 207; F.D. Bussnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, 252.

da una dichiarazione di rinuncia alla solidarietà, che consentirebbe la configurabilità del potere di disposizione della quota interna in testa al consorte transigente (42).

Si è, peraltro, molto opportunamente precisato che la transazione *pro quota* è configurabile soltanto limitatamente alle obbligazioni solidali ad interesse comune, non essendo, ovviamente, possibile ipotizzarla nelle obbligazioni ad interesse unisoggettivo, nelle quali il peso del debito grava, nei rapporti interni, su un solo coobbligato (43), e nemmeno, secondo una parte della dottrina, nelle obbligazioni caratterizzate dalla contitolarità accidentale del debito, come nel caso di una pluralità di fatti illeciti concorrenti nella produzione del danno, in cui non è possibile tradurre in quote le rispettive incidenze causali e la ripartizione interna viene prevista al solo fine di equità (44).

Con riguardo allo specifico ambito di applicazione dell'art. 1304 c.c., e cioè alla fattispecie della transazione oggettivamente estesa all'intero debito solidale, parte della dottrina ritiene applicabile la disciplina portata dall'articolo appena richiamato, sia nel caso di transazione non novativa, sia nel caso di transazione novativa, affermando, conseguentemente, anche nella seconda ipotesi, l'inesistenza automatica ai consorti non transigenti dell'effetto estintivo dell'obbligazione transatta, richiedendo, all'uopo, in ogni caso la dichiarazione di profittare della transazione da parte degli altri consorti (45).

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che la transazione novativa si sottragga all'applicazione dell'art. 1304 c.c., rimanendo soggetta all'applicazione dell'art. 1300 c.c. in tema di novazione, con la conseguenza che si produrrebbe automaticamente l'estinzione dell'obbligazione e la liberazione degli altri condebitori nei rapporti esterni, mentre nei rapporti interni, in modo corrispondente a quanto si verifica in tema di novazione, il condebitore transigente potrebbe esercitare il regresso per il minore ammontare tra la prestazione originaria e quella effettivamente eseguita *ex transazione* (46).

Altra parte della dottrina, sulla base della considerazione della non riconducibilità della transazione novativa all'istituto generale della novazione, intesa, peraltro, non come schema contrattuale, ma come effetto che può derivare da qualunque negozio - non riconducibilità dipendente dal fatto che la novazione consiste nell'estinzione di un rapporto obbligatorio, mentre la transazione novativa può comportare l'estinzione di qualsivoglia situazione giuridica, attraverso la creazione di un nuovo rapporto anche di carattere reale - ritiene che l'art. 1300 c.c. si applichi a tutte le ipotesi di novazione, tranne quella derivante dalla transazione, che rimarrebbe, invece, soggetta alla disciplina dell'art. 1304 c.c. (47); conclusione questa perfettamente in linea con quanto evidenziato da altra dottrina, che non ha mancato di far presente la particolarità dell'effetto estintivo prodotto dalla transazione novativa, derivante inscindi-

bilmente dal complesso delle reciproche concessioni, cui rimarrebbero soggetti anche gli altri consorti, ove dichiarassero di profittare della transazione (48).

Parte della dottrina, che sostiene questo ordine di argomenti, volti ad affermare l'applicabilità dell'art. 1304 c.c., sia alla transazione novativa, sia alla transazione non novativa, ritiene, peraltro, che, in caso di transazione novativa, la mancata dichiarazione di profittare degli altri consorti non impedirebbe l'effetto estintivo dell'obbligazione solidale nei rapporti esterni, ma avrebbe delle conseguenze esclusivamente nell'ambito dei rapporti interni tra condebitori, nel senso che il condebitore transigente, in sede di regresso, potrebbe domandare la quota di ciascun condebitore calcolata sull'ammontare della prestazione originaria e non sulla base di quanto effettivamente pagato in esecuzione della transazione, salva, appunto, la dichiarazione di profittare della transazione da parte del coobbligato in regresso (49).

La tesi, assai suggestiva, è perfettamente coerente con le conclusioni raggiunte, più in generale, dall'autore relativamente alla situazione effettuale che si verrebbe a determinare, nell'ipotesi di transazione oggettivamente estesa all'intera obbligazione solidale, in caso di mancata dichiarazione di profittare da parte degli altri consorti non stipulanti. Mentre, infatti, la dottrina tradizionale (50) ha affermato l'assoluta improduttività di effetti della transazione rispetto agli altri consorti, sia nei rapporti esterni sia nei rapporti interni, con la conseguenza che il creditore manterrebbe la sua azione verso gli altri condebitori fino a concorrenza della sua originaria pretesa, ma rimanendo esposto a tutte le originarie possibili eccezioni, e che il consorte transigente potrebbe chiedere in regresso soltanto ciò che avesse pagato oltre i limiti della sua quota calcolata sulla base della prestazione originariamente dovuta, la tesi sostenuta dalla dottrina, che, in tema di transazione novativa, relega gli effetti della mancata dichiarazione di profittare degli altri consorti all'ambito dei rapporti interni, più in generale afferma che, in realtà, la transazione produce, comunque, alcuni effetti riflessi nei confronti dei consorti ad essa estranei; effetti riflessi che si verificherebbero sempre, nel caso di transazione novativa, mentre, nel caso di

Note:

(42) Cfr. M. Costanza, *op. cit.*, 53.

(43) Su questa sistemazione classificatoria, cfr. F.D. Busnelli, *op. cit.*, 196.

(44) Cfr. M. Costanza, *op. cit.*, 57 ss.

(45) Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1990, 740.

(46) Cfr. G. Amorth, *L'obbligazione solidale*, cit., 202 ss.; D. Rubino, *op. cit.*, 202; C.M. Mazzoni, *op. cit.*, 616.

(47) Cfr. M. Costanza, *op. cit.*, 19 ss.

(48) Cfr. C.M. Bianca, *op. cit.*, 740.

(49) Cfr. M. Costanza, *op. cit.*, 28 e 30 ss.

(50) Cfr. D. Rubino, *op. cit.*, 273 ss.; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, 1975, 303 ss.

transazione non novativa, si determinerebbero a seguito dell'adempimento del condebitore transigente e consisterebbero nella liberazione degli altri condebitori nei rapporti esterni, mentre nei rapporti interni i medesimi rimarrebbero soggetti al regresso per un ammontare pari alla propria rispettiva quota calcolata sulla base della prestazione originaria, senza alcun rapporto con quanto pagato dal condebitore transigente in esecuzione della transazione (51).

Riservandoci di ritornare, nell'ultimo paragrafo della presente nota, sull'argomento della situazione effettuale che si viene a determinare in caso di mancata o mancata possibile dichiarazione di profittare da parte degli altri consorti non transigenti, sembra opportuno, a questo punto, esaminare altra questione che sicuramente interessa la fattispecie oggetto della sentenza in epigrafe e cioè quella relativa alla cosiddetta facoltà di profittare della transazione ed alla sua eliminabilità mediante apposita clausola ad opera delle parti transigenti.

La questione venne all'esame della giurisprudenza del Supremo Collegio, per la prima volta, alla fine degli anni sessanta ed in quella occasione si affermò che «la transazione conclusa da alcuni soltanto dei condebitori solidali non è un contratto *in itinere* bensì un contratto perfetto dal quale ciascuno dei partecipanti non può recedere senza l'accordo di tutte le parti che a tale contratto hanno partecipato. Il debitore solidale rimasto estraneo alla transazione può dichiarare di voler profittare della stessa. Tale atto costituisce esercizio di un diritto potestativo al quale, quando la transazione sia relativa all'intera situazione controversa, non si oppone un contrapposto diritto del creditore di eccepire l'avvenuta transazione ovvero di vietare che la dichiarazione possa essere emessa o possa produrre i suoi effetti» (52).

Parte della dottrina ha affermato, in linea con questo ordine di argomenti, che la cosiddetta facoltà di avvalersi della transazione non possa essere eliminata mediante clausola appositamente inserita dai soggetti contraenti la transazione medesima (53).

Si è, in particolare, affermato che, se la transazione risulta effettivamente estesa, dal punto di vista oggettivo, all'intera obbligazione solidale, non può esservi un interesse meritevole di tutela, che possa consentire ai contraenti di impedire agli altri consorti di profittare della transazione; che, ove tale clausola venisse effettivamente inserita, potrebbe soltanto costituire indice della volontà di stipulare una transazione parziale, ma qualora, dall'interpretazione del contratto complessivamente condotta, venisse confermata la oggettiva estensione della transazione all'intero debito, siffatta clausola dovrebbe considerarsi nulla (54), o, secondo altra parte della dottrina, vincolante e produttiva di effetti tra i contraenti - in modo da non implicare, comunque, un giudizio di essenzialità rilevante al fine di verificare la validità dell'intero contratto ed, altresì, in modo da precludere qualsiasi richiesta risarcitoria per prestazioni eseguite in eccedenza rispetto a quelle convenute nella

transazione - ma inefficace rispetto agli altri consorti, i quali conserverebbero, pertanto, intatte le proprie prerogative (55).

Altra parte della dottrina, qualificando il potere del terzo di appropriarsi degli effetti del contratto come un effetto naturale della transazione previsto direttamente dalla legge, ritiene che gli stipulanti abbiano sempre il potere di toglierglielo, mediante una esplicita dichiarazione in tal senso, anche successiva alla conclusione del contratto (56).

La questione è ritornata all'esame del Supremo Collegio agli inizi degli anni novanta ed in quell'occasione la Suprema Corte, mutando orientamento, ha affermato che «il principio che deriva dalla disposizione di cui all'art. 1304, comma 1, c.c., secondo il quale la transazione, fatta dal creditore con uno dei debitori in solido, giova agli altri che dichiarano di volerne profittare, opera solo in mancanza di diversa e contraria manifestazione di volontà del creditore, contenuta nella transazione stessa, ovvero in una clausola aggiunta ad essa, atteso che come i condebitori possono, omettendo la dichiarazione suddetta, escludere l'efficacia della transazione per se stessi, così anche il creditore può, in virtù del principio dell'autonomia negoziale, impedire che l'efficacia stessa sia a loro estesa. Pertanto, nella transazione tra il creditore ed uno o più dei condebitori solidali è perfettamente legittima che sia inserita la clausola che escluda la possibilità per gli altri condebitori, che non hanno partecipato alla transazione, di profittare della stessa» (57).

La conclusione, fondata sul principio dell'autonomia negoziale, può essere condivisa, a patto di distinguere la fattispecie della transazione aperta (58), in cui cioè non vi sia una clausola preclusiva della facoltà di profittare, dallo schema astratto della stipulazione a favore di terzi, in cui lo stipulante da solo può modificare o revocare il diritto del terzo, secondo quanto, del resto, affermato dalla Suprema Corte nella successiva pronuncia del 15 maggio 2003, per la quale «qualora intervenga una transazione tra uno dei condebitori solidali e il creditore, il condebitore rimasto estraneo ad essa può dichiarare, a norma dell'art. 1304, comma 1, c.c., di volerne

Note:

(51) Cfr. M. Costanza, *op. cit.*, 24 ss.; M. Franzoni, *op. cit.*, 292-295.

(52) Cfr. Cass. 1 gennaio 1968, n. 24, in *Giust. civ.*, 1968, I, 403.

(53) Cfr. D. Rubino, *op. cit.*, 274 s.; C.M. Mazzoni, *op. cit.*, 616; M. Costanza, *op. cit.*, 42 ss.; E. Del Prato, *La transazione*, Milano, 1992, 50 ss.; P. D'Onofrio, *Delle obbligazioni*, artt. 1960-1991, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, 239.

(54) Cfr. D. Rubino, *op. cit.*, 275.

(55) Cfr. M. Costanza, *op. cit.*, 42 ss.

(56) Cfr. F. Carresi, *op. cit.*, 179.

(57) Cfr. Cass. 19 aprile 1991, n. 4257, in *Riv. not.*, 1992, 1580 ss., con nota di G. Perlegato, *ivi*, 1584 ss.

(58) Sul fenomeno negoziale del contratto aperto, cfr., in generale, C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, 249-251.

profittare; in questo caso, l'accordo transattivo spiega una efficacia diretta anche nei suoi confronti, senza che il creditore possa precludergli questa possibilità, in quanto non è applicabile alla fattispecie il disposto dell'art. 1411, comma 2, c.c., che consente allo stipulante di revocare o modificare la stipulazione finché il terzo non dichiara di volerne profittare, in quanto il condebitore solidale non è terzo rispetto al rapporto oggetto di transazione» (59).

La sentenza da ultimo citata è espressione di una nuova e più affinata sensibilità del Supremo Collegio al tema del rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo, suscettibile di scaturire, sia da un solo negozio, sia da più negozi bilaterali o unilaterali, tra loro collegati, ciascuno idoneo a produrre effetti giuridici propri ed autonomi e, cioè, non strumentali o meramente prodromici o preliminari, di guisa che almeno uno, o più, degli effetti finali, dai quali nasce il rapporto giuridico plurilaterale, sia direttamente imputabile a ciascuno dei negozi unilaterali o bilaterali, nei quali risulta scomponibile la fattispecie (60).

Nell'ambito degli schemi negoziali, da cui può originare un rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo, la transazione stipulata con un condebitore solidale ed avente ad oggetto l'intero debito viene, così, correttamente a configurarsi, non come un contratto a favore di terzo, ma come un contratto aperto all'adesione degli altri condebitori solidali, secondo quanto, del resto, sostenuto dalla dottrina prevalente (61), che, coerentemente, afferma la natura negoziale (62) della dichiarazione di profittare, la sua soggezione alla stessa forma prescritta per la transazione dall'art. 1967 c.c. (63) e la impossibilità di rendere tale dichiarazione da parte del procuratore *ad litem* senza un mandato *ad hoc* (64), contrariamente a quanto ritenuto dalla dottrina che sostiene l'inefficacia relativa della clausola preclusiva della facoltà di profittare, la quale, coerentemente, considera la relativa dichiarazione alla stregua di un mero atto giuridico a forma libera, equiparabile all'atto di chi solleva una eccezione e che, pertanto, potrebbe essere validamente compiuto dal procuratore *ad litem* senz'uopo di un mandato *ad hoc* (65).

Questo mutato orientamento giurisprudenziale viene, ora, espressamente ripreso dalla sentenza in epigrafe, la quale richiama la precedente pronuncia del 1991 e l'identico fondamento, costituito dal principio dell'autonomia negoziale, per il quale è consentito alle parti di stabilire liberamente il contenuto del negozio, anche eventualmente alterandone gli effetti tipici (66).

Adesione dell'amministratore alla transazione stipulata dalla società con altro coobbligato in solido

È possibile, a questo punto, valutare la risposta data dalla dottrina specialistica alla domanda se e come sia possibile evitare, nell'ipotesi di transazione solo con taluni degli amministratori responsabili, che gli altri am-

ministratori, condebitori solidali, possano profittarne ex art. 1304, comma 1, c.c., andando così esenti da responsabilità.

A tale domanda, come si è visto, la dottrina esaminata ha risposto nel senso che è necessario che la transazione sia espressamente limitata alla quota dell'amministratore transigente, sia cioè una transazione parziale, che non si estende all'intero debito (67).

In realtà, alla luce dell'esame, sopra condotto, dei risultati dottrinali e giurisprudenziali in tema di transazione stipulata con uno dei condebitori solidali, non sembra che questa sia l'unica risposta possibile e, soprattutto, quella meglio rispondente agli interessi della società.

Se, infatti, come si è visto, la preventiva approvazione assembleare costituisce condizione di validità della transazione dell'azione sociale di responsabilità, sotto il profilo che la delibera assembleare costituisce modo formale ed inderogabile di espressione della volontà della società, di cui non sono ammessi equipollenti, e che il consenso preventivo deve essere dato ad uno schema sufficientemente determinato, in quanto altrimenti non si riuscirebbe a comprendere come sia possibile approvare una transazione che non sia ancora avvenuta, allora si deve coerentemente sostenere che l'assemblea, nella sua sovranità, possa limitarsi ad approvare la transazione dell'azione di responsabilità, pur riguardante l'intera obbligazione risarcitoria, ma nei confronti di un solo amministratore, rimanendo, in questa ipotesi, preclusa agli altri amministratori, coresponsabili e coobbligati, la possibilità di dichiarare di profittare della transazione (68).

Note:

(59) Cfr. Cass. 15 maggio 2003, n. 7548, cit. in F. Valenza, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, Torino, 2005, 244.

(60) Cfr. F. Valenza, *op. cit.*, 2 e *passim*.

(61) Cfr. F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 303; C.M. Bianca, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., 726 e n. 104; A. Palazzo, *La transazione*, in *Trattato Rescigno, Obbligazioni e contratti*, 13, V, Milano, 1984, 327; G. Amorth, *L'obbligazione solidale*, cit., 197 ss.

(62) Nell'ambito dei sostenitori della natura negoziale della dichiarazione di profittare, posizione particolare è quella di chi ha ravvisato una analogia della fattispecie con quella della ratifica della gestione rappresentativa *non utiliter coepta*: cfr., in tal senso, D. Rubino, *op. cit.*, 277.

(63) Cfr. G. Amorth, *op. ult. cit.*, 198.

(64) Cfr. C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, 726, n. 105.

(65) Cfr. M. Costanza, *op. cit.*, 35 ss.

(66) Cfr. Cass. 23 giugno 1982, n. 3827, richiamata dalla sentenza in epigrafe.

(67) Cfr. *supra* nota 35.

(68) Cfr. E. Dalmotto, *op. cit.*, 803, il quale afferma che «l'azione sociale contro gli amministratori ha natura personale e deve essere deliberata non cumulativamente ma separatamente per ciascun amministratore, mediante distinte valutazioni dei fatti e delle colpe»; in tal senso, cfr. Trib. Bologna 15 settembre 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 829; *contra* App. Bologna 10 luglio 1995, *ivi*, 1996, I, 2, 590 e, in dottrina, U. De Crescenzio, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da G. Fauceglia e G. Schiano di (segue)

Questa conclusione si pone, peraltro, in linea con quanto affermato dalla sentenza in epigrafe, per la quale, se, in forza del principio dell'autonomia negoziale, è possibile limitare gli effetti del negozio al solo coobbligato, con cui si addivene alla transazione, a *fortiori* tale limite sussiste quando discende direttamente dalla legge, come nel caso in cui la transazione non possa essere stipulata se non con l'intervento di ulteriori condizioni, tra cui la specifica approvazione dell'assemblea, richiesta a tutela dei soci di minoranza, essendo stabilito che il voto della minoranza qualificata sia causa ostativa, obbligando la maggioranza a concordare con la minoranza il contenuto e, quindi anche, l'ambito soggettivo della transazione.

Ne deriva che, come la transazione stipulata dalla società sull'intera obbligazione risarcitoria con soggetti non amministratori, obbligati solidalmente con uno o più amministratori, non può spiegare alcun effetto nei confronti degli amministratori coobbligati e costoro non potranno giovare della possibilità di profittarne, offerta, in via generale, dall'art. 1304 c.c., se manchi l'espressa e specifica approvazione assembleare, adottata senza il voto contrario della minoranza qualificata, in quanto, altrimenti, la particolare tutela, prevista dall'art. 2394 c.c., sarebbe svuotata di ogni contenuto, tutte le volte che convenuti con l'azione di responsabilità fossero soggetti in parte non amministratori, così, se la delibera assembleare approvi la transazione, pur relativa all'intera obbligazione risarcitoria, ma unicamente nei confronti di alcuno degli amministratori responsabili, egualmente gli altri amministratori coobbligati in solido non potranno profittarne.

Ritornando sull'argomento trattato in generale nel precedente paragrafo, rimane da verificare, nello specifico ambito del diritto societario, la situazione effettuale che si viene a determinare in caso di mancata possibile dichiarazione di profittare della transazione, stipulata dalla società, da parte di alcuno degli amministratori coobbligati in solido, per mancanza dell'approvazione assembleare della transazione con riguardo a quell'amministratore.

Non sembra, al riguardo, di poter accogliere, quanto meno nell'ambito della transazione dell'azione di responsabilità, le conclusioni di quella dottrina, sopra esposta (69), che, discostandosi dalla dottrina tradizionale, afferma che, in realtà, la transazione produce, comunque, alcuni effetti riflessi nei confronti dei consorti ad essa estranei, effetti che consisterebbero nella liberazione, nei rapporti esterni, degli altri condebitori, che rimarrebbero soggetti al regresso per un ammontare pari alla propria rispettiva quota calcolata, peraltro, sulla base della prestazione originaria, senza alcun rapporto con quanto pagato dal condebitore transigente in esecuzione della transazione.

Ed infatti, a prescindere dalla validità della tesi sul piano generale, se queste conclusioni potessero trovare applicazione alla materia della transazione dell'azione di

responsabilità, potrebbe verificarsi l'ipotesi, in cui una transazione stipulata dalla società con un coobbligato non amministratore produca alcuni effetti riflessi anche nella sfera giuridica degli amministratori coobbligati, pur senza che tali effetti riflessi fossero stati preventivamente e specificamente approvati dall'assemblea, senza il voto contrario della minoranza qualificata (70).

Rimanendo nell'ambito della fattispecie concreta oggetto della sentenza in epigrafe, si può utilmente porre il seguente esempio.

Se la società Alfa s.p.a. pretende di avere subito danni per euro 1.200.000,00 e transige con Omega Finance s.p.a. e con Gamma s.p.a. per euro 900.000,00, senza che l'assemblea abbia preventivamente approvato alcuna transazione nei confronti di F., affinché non venga vanificato il disposto dell'art. 2393 c.c. la transazione stipulata dalla società Alfa s.p.a. con Omega Finance s.p.a. e con Gamma s.p.a. non deve poter produrre alcun effetto nei confronti di F., che non può, così, considerarsi liberato nei rapporti esterni, come assumerebbe, invece, la dottrina in esame. La società Alfa s.p.a. potrà,

Note:

(segue nota 68)

Pepe, t. 2, *sub* art. 2393, Milano, 2007, 797. Ma, quand'anche si aderisse alla tesi, sostenuta da quest'ultimo autore, per la quale, se i fatti costituenti fonte di responsabilità siano i medesimi o comunque inscindibilmente connessi tra loro e riguardanti più amministratori, la delibera assembleare di promuovimento dell'azione di responsabilità deve essere unica e non può essere scissa in più delibere, ognuna riguardante un amministratore, non ne deriverebbe affatto la conseguenza che la società possa transigere o con tutti gli amministratori o con nessuno, potendo, al contrario, la società ritenere conveniente, per le più svariate motivazioni, porre fine alla controversia con uno solo di essi, mantenendo impregiudicate le proprie ragioni contro gli altri. Sulle conseguenze processuali della relazione di inscindibilità che può stabilirsi tra cause proposte contro più amministratori e sindaci per la loro concorrente inosservanza ai rispettivi obblighi, cfr. Cass. 22 giugno 1990, n. 6278, in questa *Rivista*, 1991, 29, per la quale «l'azione di responsabilità, che una società cumulativamente proponga contro più amministratori e sindaci, chiedendo il ristoro dei danni che assuma verificatisi nel periodo in cui sono stati in carica e per effetto della loro concorrente inosservanza ai rispettivi obblighi, pur introducendo una pluralità di cause, alla stregua della pluralità dei titoli dedotti in giudizio, pone le cause medesime in relazione di inscindibilità, tenendo conto che la normale autonomia e separabilità delle contese fra il creditore ed i debitori in solido viene meno quando la condotta addebitata a ciascuno sia definibile come illecita solo in stretto collegamento con la valutazione della condotta dell'altro. Pertanto, nel caso in cui la sentenza di primo grado abbia accolto parzialmente quella domanda nei confronti di uno di detti convenuti, assolvendo gli altri, e tale soccombente (parziale) abbia proposto appello principale, si deve riconoscere alla società la facoltà di appellare, in via incidentale tardiva, ai sensi dell'art. 334 c.p.c., non soltanto contro l'appellante principale (indipendentemente dal fatto che l'impugnazione incidentale investa capi connessi ed autonomi rispetto a quelli oggetto dell'impugnazione principale), ma anche contro gli altri amministratori e sindaci rimasti vittoriosi in primo grado».

(69) Cfr. *supra* nota 51.

(70) Il mancato superamento, da parte della tesi in esame, del banco di prova, costituito dal disposto dell'art. 2393 c.c., potrebbe essere conseguenza della specialità della materia societaria e della relativa disciplina; esso, peraltro, potrebbe costituire indice di una più generale inadeguatezza della tesi medesima a spiegare il fenomeno disciplinato dall'art. 1304 c.c., suggerendo così una rivisitazione dell'argomento, che, ovviamente, non è possibile effettuare in questa sede.

così, richiedere a F. l'ammontare residuo dei danni, pari ad euro 300.000,00, non ottenuto dai condebitori transigenti, Omega Finance s.p.a. e Gamma s.p.a.

Anche nei rapporti interni, peraltro, la transazione conclusa, senza previa approvazione assembleare, dalla società Alfa s.p.a. con Omega Finance s.p.a. e con Gamma s.p.a. non potrà spiegare alcun effetto, pur solo riflesso, nei confronti di F., che, pertanto, supponendo paritetiche le quote interne, rimarrà soggetto all'azione di regresso da parte di Omega Finance s.p.a. e di Gamma s.p.a. per quanto da queste pagato oltre i limiti della loro quota rapportata alla originaria obbligazione risarcitoria e quindi per un ammontare complessivo di euro 100.000,00 e non, invece, per un ammontare complessivo di euro 400.000,00, come sarebbe, se potesse considerarsi liberato nei rapporti esterni, come affermato dalla dottrina in esame.

F., infatti, accogliendo la tesi sostenuta dalla dottrina in esame, rimarrebbe, comunque, complessivamente esposto per euro 400.000,00, ma solo, in via di regresso, nei confronti dei coobbligati, Omega Finance s.p.a. e Gamma s.p.a., i quali sarebbero gli effettivi ed unici be-

neficiari della transazione, in quanto la società Alfa s.p.a. verrebbe, complessivamente, ad ottenere, soltanto, un risarcimento di euro 900.000,00.

Ma se la *ratio* della norma, che richiede la preventiva approvazione assembleare della transazione dell'azione di responsabilità dell'amministratore, senza il voto contrario della minoranza qualificata, non è quella di mantenere immutato l'ambito quantitativo della responsabilità degli amministratori, che, anzi, è addirittura possibile che l'assemblea deliberi di rinunciare all'azione di responsabilità, ma è quella di far assumere ogni decisione al riguardo all'organo competente, nel rispetto dei diritti della minoranza e secondo un principio di trasparenza, volto all'adozione della decisione complessivamente più conveniente per la società, non sembra che alcun effetto, pur solo riflesso, ma sostanzialmente rinunciativo a parte della pretesa risarcitoria nei confronti degli amministratori, possa discendere da una transazione, stipulata con altri coobbligati non amministratori, senza la necessaria, preventiva e specifica approvazione assembleare, adottata senza il voto contrario della minoranza qualificata.

LIBRI

Responsabilità "penale" delle persone giuridiche

D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231

A cura di Angelo Giarda, Enrico Maria Mancuso, Giorgio Spangher, Gianluca Varraso



Il volume costituisce un **contributo allo studio del d.lgs. n. 231 del 2001** ed è strutturato in 15 capitoli tematizzati il cui contenuto è rappresentato dai commenti, articolo per articolo, di tale corpo normativo.

Ogni capitolo è preceduto da un saggio introduttivo mirato a fornire linee guida.

Il volume è stato ideato e realizzato, anzitutto, per magistrati ed avvocati; in secondo luogo per il mondo della professione e degli operatori imprenditoriali; infine quale sostegno didattico dei corsi universitari.

Sono riportati i **testi legislativi completari** di maggiore rilievo: legge 29 set-

tembre 2000, n. 300; d.m. 26 giugno 2003, n. 201; legge 16 marzo 2006, n. 146.

Ipsoa 2007, € 48,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)

- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>