

**Le riforme del diritto italiano**

# **Il nuovo diritto societario**

**d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5  
d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 1)**

***commentario diretto da* Gastone Cottino  
e Guido Bonfante, Oreste Cagnasso,  
Paolo Montalenti**

***Estratto***

**ZANICHELLI EDITORE**



## **Articolo 2393**

### **Azione sociale di responsabilità\***

[1] L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione.

[2] La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare, quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio.

[3] L'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica.

[4] La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla loro sostituzione.

[5] La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'art. 2393 bis.

## **Articolo 2393 bis**

### **Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci\*\***

[1] L'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo.

[2] Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione di cui al comma precedente può essere esercitata dai soci che rappresentino un ventesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto.

[3] La società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione è ad essa notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale.

[4] I soci che intendono promuovere l'azione nominano, a maggioranza del capitale posseduto, uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti.

[5] In caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese del giu-

---

\* Disciplina precedente: **Art. 2393. Azione sociale di responsabilità** [1] *L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione.* / [2] *La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare.* / [3] *La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla loro sostituzione.* / [4] *La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale.*

\*\* Disciplina precedente: *assente.*

dizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito della loro escussione.

[6] I soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigerla; ogni corrispettivo per la rinuncia o transazione deve andare a vantaggio della società.

[7] Si applica all'azione prevista dal presente articolo l'ultimo comma dell'articolo precedente.

## Commento di EUGENIO DALMOTTO

### Sommario

1. Considerazioni introduttive – 1.1. La responsabilità degli amministratori: il diritto al risarcimento del danno – 1.2. (Segue). ... le modifiche alla disciplina dell'azione sociale ordinaria – 1.3. (Segue). ... la generalizzazione dell'azione sociale di minoranza – 1.4. (Segue). ... e l'ambito di applicazione – 1.5. La legge delega: le innovazioni imposte da specifiche prescrizioni – 1.6. (Segue). ... e quelle riconducibili a meri criteri direttivi di ordine generale – 2. Esercizio dell'azione – 2.1. La giurisdizione ordinaria: la competenza e il rito – 2.2. La giurisdizione arbitrale – 2.3. Il termine di proponibilità della domanda – 2.4. L'azione sociale ordinaria: l'autorizzazione dell'assemblea – 2.5. (Segue). ... e il curatore speciale – 2.6. L'azione sociale di minoranza: i *quorum* – 2.7. (Segue). ... la perdita dei requisiti di legittimazione – 2.8. (Segue). ... il rappresentante comune – 2.9. (Segue). ... l'intervento di ulteriori soci – 2.10. (Segue). ... e la chiamata in causa della società – 2.11. Le spese processuali – 3. Rinunce e transazioni – 3.1. Il potere di rinunciare e transigere dell'assemblea: il diritto di veto di minoranze qualificate – 3.2. (Segue). ... e i rischi per l'azione promossa dall'amministratore giudiziario – 3.3. Il potere di rinunciare e transigere dei soci che hanno agito: il vantaggio esclusivo per la società

## 1. Considerazioni introduttive

### 1.1. La responsabilità degli amministratori: il diritto al risarcimento del danno

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, sulla riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, emanato in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366, ha disposto che, nell'adempimento dei doveri imposti dalla legge e dallo statuto, gli amministratori devono applicare, secondo la formula recitata dal novellato art. 2392, la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

Ciò non significa che «gli amministratori debbano necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione»<sup>1</sup>.

Tanto meno può dirsi che gli amministratori siano investiti di una sorta di responsabilità oggettiva.

<sup>1</sup> Relazione governativa, parte III, par. 4.

Essendo stato eliminato l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione dettato dal precedente 2° co. dell'art. 2392, il legislatore della riforma ha evidenziato come la responsabilità degli amministratori sorga esclusivamente dalla violazione di obblighi specificamente individuati, in particolare dagli artt. 2381 e 2391<sup>2</sup>. Dell'inadempimento di tali obblighi gli amministratori rispondono in solido<sup>3</sup>, salva la possibilità offerta dall'ult. co. dell'art. 2392<sup>4</sup> di provare di essere immuni da colpa<sup>5</sup>.

Ma, senza ulteriormente indugiare su questi aspetti, come far valere, in sede giurisdizionale, la responsabilità degli amministratori per la violazione degli obblighi inerenti alla propria carica?

La legge prevede un apposito istituto.

Ci si riferisce all'azione sociale di responsabilità.

Questo mezzo non ha trovato, per ora, larga applicazione.

I motivi dell'insuccesso non sembrano, in linea di principio, difficili da individuare.

La ragione principale deve essere cercata nell'art. 2393. Tale disposizione collocava al centro del passato sistema la regola secondo cui, a parte ipotesi eccezionali legate al controllo giudiziario o alla crisi dell'impresa, la proposi-

---

<sup>2</sup> La sostituzione dell'obbligo generico di vigilanza sulla gestione con obblighi ben individuati, tende, secondo la relazione governativa (parte III, par. 4), ad evitare sue indebite estensioni, verificatesi specialmente nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, che finivano per allontanare «le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili».

<sup>3</sup> Poiché la responsabilità è solidale, in virtù del generale principio della autonomia dei rapporti tra creditore e ciascuno dei coobbligati in solido, non sussiste alcun litisconsorzio necessario tra gli amministratori e, se l'azione è stata proposta cumulativamente contro più amministratori, viene in essere una pluralità di cause scindibili: per la scindibilità, v. Cass., 1° marzo 1995, n. 2298, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1135, con nota di SAMBIASE, e in *Dir. fall.*, 1996, II, 298, con nota di BONSIGNORI.

<sup>4</sup> Secondo cui la responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

<sup>5</sup> La responsabilità degli amministratori è di natura contrattuale, dipendendo dall'inadempimento di obblighi del contratto sociale dal quale i componenti dell'organo di gestione discendono la propria carica. Ciò comporta, in applicazione dei principi generali e in particolare dell'art. 1218, che la società ovvero chi agisca in sua sostituzione dovrà provare in giudizio solo l'inadempimento degli amministratori ad un obbligo di legge o di statuto e il danno che ne è conseguenza immediata e diretta, mentre incombe sugli amministratori l'onere di provare i fatti capaci di escludere o attenuare la loro responsabilità: così, GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, 324, ID. *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, Padova, 2003, 280 s.; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 291; Cass., 24 marzo 1999, n. 2772, in *Mass. Foro it.*, 1999, 346, in *Giur. it.*, 1999, 1869, e in *Soc.*, 1999, 1065, con nota di PICONE; Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, 75, con nota di SALAFIA, e in *Soc.*, 1999, 557, con nota di FUNARI; Trib. Napoli, 22 gennaio 2002, in *Giur. napoletana*, 2002, 191; Trib. Roma, 7 marzo 1991, in *Nuova giur. comm.*, 1992, I, 283, con nota di FARINEA; sulla ripartizione degli oneri probatori cfr. anche FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002, 311 ss.; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 283, ed in *Tratt. Rescigno*, 16, Torino, 1985, 517.

zione della causa avrebbe dovuto essere sempre subordinata ad una deliberazione autorizzativa assunta dall'assemblea a maggioranza del capitale rappresentato dai soci<sup>6</sup>. Evidentemente, poiché gli amministratori sono, di norma, espressione della maggioranza, la necessità dell'autorizzazione assembleare limitava grandemente il concreto esercizio dell'azione sociale<sup>7</sup>.

Né questa situazione si venne a modificare significativamente quando l'art. 129 t.u.f. introdusse, per le società quotate sui mercati regolamentati, la possibilità anche per la minoranza di promuovere l'azione<sup>8</sup>. Se infatti il riconoscimento della legittimazione ad agire pure in capo a semplici minoranze costituiva un passo nella direzione di una maggiore fruibilità dell'istituto, la contemporanea fissazione di severi requisiti di legittimazione, tra i quali l'obbligo per i promotori di essere iscritti da almeno sei mesi nel libro dei soci, rendeva difficile il ricorso all'istituto. Del resto, la previsione che tutti i benefici dell'azione dovessero prodursi in capo all'intera compagine sociale costituiva un disincentivo a che i soci di minoranza si attivassero, affrontando i rischi di una causa, per ottenere (sempre che gli amministratori fossero solvibili) benefici solo indiretti, proporzionali alla quota di partecipazione nella società e dunque addirittura inferiori a quelli rivolti a vantaggio della maggioranza.

In pratica, dunque, l'azione di responsabilità ha avuto il suo campo di applicazione quasi solo in ipotesi di mutamento nel gruppo di controllo della società, ovvero nei casi, che il legislatore della riforma ha confermato, di nomina di un amministratore giudiziario all'esito della denuncia presentata ai sensi dell'art. 2409<sup>9</sup> e,

---

<sup>6</sup> Sull'azione sociale di responsabilità disciplinata, *ante* riforma, dall'art. 2393, cfr. FRANZONI, *op. cit.*, 311 ss.; FRÈ e SBISÀ, *Società per azioni*, I, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, 847-859; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 283 ss., ed in *Tratt. Rescigno*, XVI, cit., 517 ss.

<sup>7</sup> In proposito BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 284, ed in *Tratt. Rescigno*, cit., 1985, 518, ha osservato: è «raro che l'assemblea delibere l'azione di responsabilità contro gli amministratori; questi ultimi, infatti sono in genere legati in vari modi alla maggioranza assembleare che li ha nominati, che spesso non è estranea alle loro violazioni, e che – quindi – per lo più non intende agire contro i “propri” amministratori». In aggiunta a ciò, FRANZONI, *op. cit.*, 314 s., ha posto in rilievo come la rarità delle azioni autorizzate dall'assemblea ai sensi dell'art. 2393 dipenda anche dal danno di immagine che si riflette sul gruppo di controllo nel momento in cui esso ammette, esercitando l'azione, l'errore commesso in precedenza nella scelta degli amministratori.

<sup>8</sup> Riguardo all'art. 129 t.u.f., cfr. CAMPOBASSO, *sub art. 129*, in CAMPOBASSO (a cura di), *Testo unico della finanza*, II, Torino, 2002, 1065-1074; MEO, *Le società con azioni quotate in borsa*, in *Tratt. Rescigno*, 17, Torino, 2002, 185-197; FRANZONI, *op. cit.*, 325-331; FAUCEGLIA, voce «Società con azioni quotate in borsa», in *Digesto/civ., Aggiornamento*, I, Torino, 2000, 702-704; PICCIAU e BALP, *sub art. 129*, in MARCHETTI e BIANCHI (a cura di), *La disciplina delle società quotate*, Milano, I, 1999, 973-1089; RISCOSSA, *sub art. 129*, in COTTINO (a cura di), *Corporate governance. La nuova disciplina delle società quotate in mercati regolamentati*, in *Giur. it.*, 1998, 1760-1762, ed ora in *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, Torino, 1999, 167-174.

<sup>9</sup> Sotto tale profilo, la riforma non ha formalmente inciso, dal momento che l'amministratore giudiziario nominato dal tribunale continua a vedersi riconosciuta *ex art. 2409* la facoltà di esercitare l'azione sociale di responsabilità.

più frequentemente, di ammissione della società ad una procedura concorsuale<sup>10</sup>. In quest'ultimo caso, essa ha trovato spesso applicazione ad opera del curatore fallimentare, che la esercita in forza dell'art. 146 l. fall., congiuntamente all'azione di responsabilità verso i creditori sociali prevista dall'art. 2394, di cui assomma i benefici ai fini della reintegrazione del patrimonio della società fallita.

Il d.lgs. 6/2003 si è calato nel quadro appena descritto, modificando il testo dell'art. 2393 e soprattutto riconoscendo, sulla scia di quanto già previsto per le società quotate dall'art. 129 t.u.f., la legittimazione attiva anche di minoranze sociali, ora consacrata nel nuovo art. 2393 bis.

Come vedremo, gli obiettivi avuti di mira dal legislatore della riforma non paiono nettamente definiti.

Da un lato, l'ambito di applicazione delle norme sull'azione di responsabilità contro gli amministratori risulta innegabilmente ampliato, essendo stata estesa a tutte le società per azioni la facoltà delle minoranze di esercitarla ed essendo stato abolito il requisito, per poter acquisire la legittimazione processuale ai fini dell'azione di minoranza, del possesso delle azioni da almeno sei mesi. Non si deve inoltre trascurare che la cattiva riuscita dell'art. 129 t.u.f. sembra essere stata determinata anche dal fatto che, a fronte del sospetto del compimento di atti dannosi da parte degli amministratori, nelle società con azioni quotate sui mercati regolamentati, può essere più facile liberarsi velocemente della partecipazione detenuta, uscendo così dalla compagine sociale, di quanto non sia in altri tipi di società, sicché in queste ultime l'esercizio dell'azione di responsabilità potrebbe trovare terreno maggiormente fertile, costituendo, insieme alla denuncia al tribunale *ex art. 2409*, l'unico strumento di difesa per la minoranza.

Dall'altro lato, però, la valorizzazione dell'istituto, specie nell'ottica di una maggiore tutela delle minoranze, sembra essere stata frenata da scelte di segno opposto.

---

È però da segnalare come, in concreto, il d.lgs. 6/2003 abbia ristretto la possibilità di addivenire alla nomina di un amministratore giudiziario per il provvedimento del tribunale. In proposito, va ricordato che, dopo gli interventi riformatori, il pubblico ministero ha conservato la legittimazione a proporre la denuncia ai sensi dell'art. 2409 solo per le irregolarità compiute da amministratori di società per azioni «aperte» ossia di società che fanno appello al mercato del capitale di rischio. Inoltre, il testo della disposizione è stato modificato precisando che, ai fini dell'ammissibilità della denuncia, le gravi irregolarità nella gestione devono essere tali da poter arrecare danno alla società. Bisogna infine tener conto che, secondo il nuovo articolato, il procedimento è sospeso (e non può dunque risolversi nella nomina di un amministratore giudiziario) se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità che riferiscano al tribunale. Né si deve dimenticare che, codificando un principio già affermato dalla giurisprudenza, il legislatore ha sancito l'applicabilità dell'art. 2393, ult. co., anche quando l'azione venga esercitata dall'amministratore giudiziario, con la conseguenza che l'assemblea resta sempre libera di rinunciare o transigere sulle questioni inerenti alla responsabilità dei propri amministratori.

<sup>10</sup> Il nuovo art. 2394 bis, aggiornando il 3° co. dell'art. 2394, riconosce al curatore fallimentare, al commissario liquidatore ed al commissario straordinario, la legittimazione all'esercizio, nelle rispettive procedure concorsuali, dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori (e verso i creditori sociali).

Su questo versante, non si può, innanzi tutto, dimenticare che l'impostazione secondo cui i soci di minoranza non conseguono dal promuovere l'esercizio dell'azione vantaggi superiori a quelli riconosciuti agli altri soci, compresi quelli che hanno nominato gli amministratori ritenuti responsabili, è stata confermata e, come pare aver influito negativamente sull'esercizio dell'azione di cui all'art. 129 t.u.f., così sembra essere idonea a disincentivare il ricorso al nuovo art. 2393 bis.

Subito dopo, poi, non appare possibile ignorare che il legislatore della riforma ha reso più rigorosi i termini entro i quali l'azione di responsabilità deve essere esercitata, rendendo in questo modo più difficile, tanto alle minoranze quanto alla società che agisca a seguito di autorizzazione dell'assemblea, ottenere in via giudiziale tutela nei confronti degli inadempimenti degli amministratori.

## **1.2. (Segue). ... le modifiche alla disciplina dell'azione sociale ordinaria**

Quanto alle modifiche all'art. 2393, il d.lgs. 6/2003 ha operato tre interventi.

In primo luogo, il 2° co. è stato integrato aggiungendo un inciso finale con cui si precisa che la deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare, «quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio».

In secondo luogo, nel dettato legislativo è stato inserito un nuovo 3° co., dove si stabilisce che «l'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica».

In terzo luogo, il 4° co. dell'art. 2393, ora divenuto il 5° co. del medesimo articolo, in tema di possibilità per la società di rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e di transigere, purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale, è stato aggiornato, coordinandolo con il nuovo art. 2393 bis. In proposito bisogna tenere presente che il 1° e il 2° co. di tale nuova disposizione consentono l'esercizio dell'azione sociale da parte di una minoranza la cui consistenza può essere inferiore al quinto, se così prevede lo statuto sociale o se se si è nel campo delle società nelle quali si faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, dove, ai fini della legittimazione, è sufficiente rappresentare un ventesimo del capitale sociale. Era quindi opportuno, per non vanificare le azioni di minoranza esercitate da soci rappresentativi di meno di un quinto del capitale sociale, riscrivere l'ultima parte dell'art. 2393, che infatti adesso attribuisce, al 5° co., il diritto di veto, rispetto a rinunzie o transazioni, a tutte alle minoranze legittimate all'esercizio dell'azione sociale *ex art. 2393 bis, 1° e 2° co.*, indipendentemente dalla circostanza che raggiungano la soglia del venti per cento.

Resta invece immutata la regola dettata dal 1° co. dell'art. 2393, secondo cui l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione, e quella

dettata dal 3° co., adesso diventato 4° co., sempre dell'art. 2393. In base a tale ultima disposizione, la deliberazione dell'azione di responsabilità, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, importa la revoca degli amministratori contro cui è proposta e la loro sostituzione a cura dell'assemblea.

### **1.3. (Segue). ... la generalizzazione dell'azione di minoranza**

Quanto poi all'azione sociale di responsabilità della minoranza, il nuovo art. 2393 bis, riproducendo in larga parte il testo dell'art. 129 t.u.f., ed estendendo quindi le relative norme dalle società quotate a tutte le società per azioni, introduce regole in ordine ai soggetti legittimati, alle modalità di esercizio dell'azione ed all'efficacia della stessa.

In particolare, il 1° co. del nuovo art. 2393 bis stabilisce che l'azione possa essere esercitata dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale, o la quota diversamente prevista dallo statuto societario, purché non superiore al terzo del capitale. E, per le società «aperte» al mercato del capitale di rischio (vale a dire, ai sensi dell'art. 2325 bis, per le società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante), il 2° co. prevede che l'azione possa essere esercitata da soci che rappresentino almeno un ventesimo del capitale sociale, o la diversa misura prevista dallo statuto.

Inoltre, il 3° e il 4° co. dispongono che la minoranza che decida di intentare un'azione di responsabilità debba chiamare in giudizio la società, notificando l'atto di citazione anche al presidente del collegio sindacale, e sia tenuta a nominare, a maggioranza, uno o più rappresentanti comuni per compiere gli atti necessari all'esercizio dell'azione.

Infine, il 5° co. detta il regime delle spese processuali e il 6° co. chiarisce come spetti alla società ogni vantaggio conseguito, anche in virtù di transazione, dalla minoranza attrice.

Così delineati i tratti fondamentali della disciplina di diritto positivo, è possibile definire la natura dell'azione appena descritta.

Si tratta di una azione esercitata dai soci di minoranza in nome proprio ma nell'interesse della società, di cui viene fatto valere il diritto ad essere risarcita del danno ad essa cagionato dai suoi amministratori. In altri termini, i soci agiscono come sostituti processuali della società, come consentito, in presenza di una espressa previsione legislativa, dall'art. 81 c.p.c.<sup>11</sup>. Questa caratteristica fa sì che l'utilità tratta dall'azione giudiziaria debba essere riconosciuta in capo alla società, titolare del diritto, e non in capo ai soci promotori, che potranno

---

<sup>11</sup> Per il riconoscimento che l'azione spetta, originariamente, alla società e solo in via sostitutiva ai soci di minoranza che vantino i requisiti indicati dalla legge, v. anche AULETTA, *sub* art. 2393 bis, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 488 s.

beneficiare del buon esito della causa solo indirettamente, per la semplice ragione di concorrere a comporre la compagine sociale<sup>12</sup>.

#### 1.4. (Segue). ... e l'ambito di applicazione della disciplina delle azioni

Tanto per quanto riguarda l'azione sociale deliberata dall'assemblea come per quella promossa dai soci di minoranza, le disposizioni in precedenza riassunte si applicano, in forza della norma di rinvio contenuta nel 3° co. dell'art. 2407, non solo all'azione di responsabilità contro gli amministratori ma anche, se compatibili, all'azione di responsabilità contro i sindaci<sup>13</sup>.

Esse costituiscono poi, con le deroghe di cui alla disciplina speciale dettata dagli artt. 2409 decies e 2409 terdecies, le norme di riferimento per l'azione sociale di responsabilità nelle società per azioni che abbiano adottato il modello dualistico, dove l'amministrazione è affidata al consiglio di gestione e il controllo, insieme a competenze normalmente attribuite all'assemblea dei soci e a funzioni di «alta amministrazione», al consiglio di sorveglianza<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> La circostanza che l'azione di responsabilità promossa dalla minoranza finisca per reintegrare il patrimonio sociale ha indotto, nell'affrontare il tema analogo della natura dell'azione di minoranza nelle società quotate, a richiamare la categoria dell'azione surrogatoria, prevista in termini generali dall'art. 2900. Ma tale richiamo, oltre ad essere inutile, dal momento che l'istituto in esame trova già un soddisfacente inquadramento nel fenomeno della sostituzione processuale (a cui è del resto riconducibile la stessa azione surrogatoria), appare fuorviante in quanto genera la tendenza ad applicare, senza che ve ne sia una effettiva ragione, principi elaborati in tema di art. 2900, come quello dell'inerzia del creditore originario e cioè, nel nostro caso, della società. Sul tema, cfr., ad ogni modo, per il riconoscimento, sia pure solo parziale, dell'operatività di principi validi per l'azione surrogatoria, CAMPOBASSO, *op. cit.*, 1072; RISCOSSA, *sub art.* 129, in COTTINO (a cura di), *Corporate governance. La nuova disciplina delle società quotate in mercati regolamentati*, cit., 1998, 1761 s., ed ora in *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, cit., 171; mentre, per una diversa impostazione, che nega la possibilità del richiamo all'azione surrogatoria, v. MEO, *op. cit.*, 194 ss.; PICCIAU, *op. cit.*, 1013.

<sup>13</sup> Rinviando ad AMBROSINI, *sub art.* 2407 c.c., in questo *Commentario*, per approfondimenti sulla responsabilità dei sindaci, può essere qui opportuno ricordare che, ai sensi del 2° co. dell'art. 2407, i sindaci «sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica». È dunque normale che l'azione di responsabilità esercitata contro gli amministratori sia congiuntamente esercitata pure contro i sindaci.

<sup>14</sup> Tra gli aspetti più significativi della disciplina dell'azione di responsabilità nell'ambito del modello dualistico, va annoverato il fatto che l'azione contro i consiglieri di gestione può essere promossa non solo dalla società o dai soci, ai sensi degli artt. 2393 e 2393 bis, ma anche, secondo quanto dispongono il 2° co. dell'art. 2409 decies e la lett. d) del 1° co. dell'art. 2409 terdecies, a seguito di deliberazione del consiglio di sorveglianza. In argomento, senza che ci si possa soffermare in questa sede, v., ad ogni modo, BREIDA, *sub art.* 2409 decies e 2409 terdecies, in questo *Commentario*; v. SCHIUMA, *sub art.* 2409 decies, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 683 ss.; PROVIDENTI, *sub art.* 2409 decies, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 361 ss.

Sembrerebbe invece necessario separare la disciplina sull'azione di responsabilità nelle società per azioni da quella prevista all'art. 2476 con riferimento alle società a responsabilità limitata<sup>15</sup>. In proposito, va infatti osservato che la nuova disciplina della società a responsabilità limitata pare essere stata concepita dal legislatore come tipo normativo profondamente diverso da quello che contraddistingue le società per azioni, sicché il mancato richiamo, in tema di responsabilità degli amministratori, delle norme in tema di società per azioni, dovrebbe escludere, in linea di principio, l'estensione alla società a responsabilità limitata delle regole affermate per le società per azioni<sup>16</sup>.

Esulano inoltre dal campo di applicazione degli artt. 2393 e 2393 bis le azioni che trovino il loro fondamento in atti che non costituiscano estrinsecazione diretta delle specifiche attribuzioni dell'amministratore, ancorché da queste occasionati od agevolati, ed integrino invece una responsabilità extracontrattuale dell'amministratore nei confronti della società<sup>17</sup>.

Problematica, poi, è la questione dei danni cagionati alla società da amministratori di fatto. Se la responsabilità di questi ultimi viene ricostruita in chiave extracontrattuale, essendo mancata una valida nomina alla carica amministrativa, sembra doversi coerentemente ritenere che essi siano sottoposti alla ordinaria azione di danni da fatto illecito ex art. 2043, ma appare altrettanto logico prescindere dall'esistenza di una formale investitura ed unificare sotto la stessa disciplina la posizione di tutti coloro i quali esercitino in modo continuativo e significativo le funzioni amministrative<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Riservando a CAGNASSO, *sub art. 2476*, in questo *Commentario*, nonché a PARRELLA, *sub art. 2476*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 121 ss., e a DI AMATO, *sub 2476*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 197 ss., l'esame della materia, è importante mettere in luce già qui che nelle società a responsabilità limitata, ai sensi del 3° co. dell'art. 2476, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere «promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi». In base al 5° co. dello stesso articolo, l'azione può però essere oggetto di «rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale».

<sup>16</sup> Così PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Soc.*, 2002, 1479.

<sup>17</sup> Nel senso che in tali casi non si applica la normativa di cui all'art. 2393, con la conseguenza, ad esempio, di non necessitare della previa autorizzazione dell'assemblea dei soci, v. Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Mass. Foro it.*, 1999, 284, in *Foro it.*, 2000, I, 2299, con osservaz. di SILVETTI, in *Soc.*, 2001, 808, con nota di SALVATO, in *Giur. it.*, 2000, 770, con nota di GUIDOTTI, in *Corr. giur.*, 1999, 1396, con nota di PERRONE, e in *Giur. comm.*, 2000, II, 167, con nota di ABRIANI, riguardante il caso dell'azione diretta a conseguire la consegna alla società di somme indebitamente trattene dall'amministratore; Cass., 9 luglio 1987, n. 5989, in *Mass. Foro it.*, 1987, 1018, e in *Giur. comm.*, 1989, II, 208, con nota di SCOGNAMIGLIO, avente ad oggetto una azione promossa dalla società contro un amministratore per indebita sottrazione di beni sociali da parte di quest'ultimo; Trib. Milano, 3 ottobre 1991, in *Soc.*, 1992, 361, con nota di TAURINI.

<sup>18</sup> Sulla questione, che esula dall'economia del presente commento, v., per una panoramica sulla articolata risposta offerta dalla giurisprudenza civile nonché sulle varie teorie, GALGANO,

### 1.5. La legge delega: le innovazioni imposte da specifiche prescrizioni

L'introduzione, avvenuta all'art. 2393 bis, dell'azione sociale di responsabilità della minoranza era imposta, per le società facenti ricorso al mercato del capitale di rischio, dalla legge delega. Sul punto, il n. 2) della lett. a) del 2° co. dell'art. 4, della legge n. 366 del 2001 prescriveva al legislatore delegato di dettare norme inderogabili dirette a «consentire l'azione sociale di responsabilità da parte di una minoranza dei soci, rappresentativa di una quota congrua del capitale sociale idonea al fine di evitare l'insorgenza di una eccessiva conflittualità tra i soci».

Riconosciuta, ai sensi del nuovo art. 2393 bis, la possibilità dell'esercizio dell'azione di minoranza da parte di soci rappresentativi di meno di un quinto del capitale sociale, sorgeva la necessità di adeguare la vecchia disciplina delle rinunce e transazioni. Ovviamente, non riconoscere a tali soci di minoranza il diritto di impedire rinunce o transazioni avrebbe vanificato la loro legittimazione all'azione. Di conseguenza, l'intervento legislativo operato sull'ultima parte del novellato 5° co. dell'art. 2393 per coordinare la disciplina delle rinunce e transazioni con il nuovo 2393 bis deve considerarsi imposto dalla l. 366/2001 nella misura in cui essa prescriveva l'introduzione dell'azione di responsabilità della minoranza.

La legge delega imponeva pure l'attribuzione al consiglio di sorveglianza della legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità, cosa che il legi-

---

*Diritto commerciale. Le società*, cit., 2003, 325, e *Il nuovo diritto societario*, cit., 281 s.; FRANZONI, *op. cit.*, 342 ss., nonché, più in generale, sull'intera tematica, ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998.

È comunque da rilevare che, da ultimo, la Suprema Corte, innovando rispetto al suo precedente orientamento, ha riconosciuto l'applicabilità degli artt. 2392 e 2393 agli amministratori di fatto: v. Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Mass. Foro it.*, 1999, 284, in *Foro it.*, 2000, I, 2299, con osservaz. di SILVETTI, in *Soc.*, 2001, 808, con nota di SALVATO, in *Giur. it.*, 2000, 770, con nota di GUIDOTTI, in *Corr. giur.*, 1999, 1396, con nota di PERRONE, e in *Giur. comm.*, 2000, II, 167, con nota di ABRIANI. Tale estensione trascina con sé il rischio di paradossali effetti limitativi rispetto alla possibilità per la società di far valere il diritto al risarcimento del danno subito, dal momento che, in accordo al nuovo orientamento, la proposizione della domanda risarcitoria da parte della società dovrebbe essere autorizzata dall'assemblea a norma dell'art. 2393 anche se rivolta contro un amministratore di fatto. D'altro canto, però, sembra corretto aderire all'impostazione secondo cui lo «statuto» dell'amministratore di fatto non può essere ricostruito tramite «una meccanica trasposizione delle regole dettate con riferimento alla responsabilità degli amministratori regolarmente nominati», sicché parrebbe potersi affermare che nei confronti degli amministratori di fatto l'azione di responsabilità sia proponibile dall'organo amministrativo pure in assenza della deliberazione autorizzativa dell'assemblea (così ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 207 s., il quale sottolinea come «a chi abbia esercitato le funzioni gestorie in violazione delle regole imperative che delineano la struttura organizzativa della persona giuridica non sono infatti riferibili le ragioni – connesse, com'è noto, al delicato equilibrio esistente tra gli organi della società di capitali – che hanno indotto il legislatore a subordinare alla valutazione discrezionale della maggioranza assembleare l'esercizio dell'azione sociale»). Inoltre, solo ammettendo l'equiparazione all'amministratore regolarmente nominato, l'amministratore di fatto potrà essere assoggettato all'azione di minoranza ora prevista dall'art. 2393 bis, da cui resterebbe altrimenti immune.

slatore delegato ha realizzato dettando l'art. 2409 decies, 2° co., e la lett. d) del 1° co. dell'art. 2409 terdecies. Il n. 2) della lett. d) dell'art. 8, l. 366/2001, stabiliva infatti, tra i criteri e i principi direttivi, che, nell'ambito del modello «dualistico», il legislatore delegato avrebbe dovuto prevedere che al consiglio di sorveglianza fossero assegnate «competenze in materia di controllo sulla gestione sociale, di approvazione del bilancio, di nomina e revoca dei consiglieri di gestione, nonché di deliberazione ed esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti di questi».

### **1.6. (Segue). ... e quelle riconducibili a meri criteri direttivi di ordine generale**

Più difficile è invece trovare le norme della legge delega che hanno legittimato l'introduzione, *ex art. 2393 bis*, dell'azione di responsabilità della minoranza anche nelle società dove non si faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, ed ancora più complicato appare scovare in base a quali disposizioni della l. 366/2001 sia stato consentito operare le modifiche apportate al 2° e al 3° co. dell'art. 2393.

Riguardo all'estensione dell'azione di responsabilità della minoranza a tutte le società per azioni, una risposta soddisfacente può essere trovata: è da ritenere che il legislatore delegato abbia giudicato l'istituto indispensabile per concorrere a garantire quell'adeguato «equilibrio nella tutela degli interessi dei soci, dei creditori, degli investitori, dei risparmiatori e dei terzi» a cui si riferisce il 1° co. dell'art. 4, l. 366/2001, come criterio guida per la disciplina unitaria della società per azioni. Non per nulla, i lavori preparatori accennano «alle istanze formulate da quasi cinquant'anni da molti studiosi» per il generalizzato riconoscimento dell'azione sociale esercitata dalla minoranza<sup>19</sup>, né può essere ignorato, a conferma della necessità dell'istituto in un equilibrato sistema di tutele, che gli ordinamenti stranieri conoscono da tempo, per le società di capitali, la previsione di una azione sociale di minoranza.

Ma sembra un compito veramente arduo stabilire quali norme della l. 366/2001 siano alla base dell'integrazione del 2° co. dell'art. 2393, con cui si è precisato che la delibera sulla responsabilità degli amministratori può essere presa al di fuori dell'ordine del giorno, in occasione della discussione del bilancio, solo quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio, e quali norme siano alla base dell'introduzione nel medesimo articolo del nuovo 3° co., in tema di termini per l'esercizio dell'azione di responsabilità decorrenti dalla cessazione dell'amministratore dalla carica.

Forse, una maniera per negare l'eccesso di delega è quella di ricondurre tali previsioni al criterio direttivo generalissimo dettato dall'art. 2, 1° co., lett. b), l. 366/3001, secondo cui la riforma del sistema delle società di capitali avrebbe

---

<sup>19</sup> Cfr. la relazione governativa (parte III, par. 5).

dovuto «valorizzare il carattere imprenditoriale delle società e definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali».

Specie con riferimento all'introduzione di un termine di decadenza quinquennale decorrente dalla cessazione dalla carica di amministratore, è infatti sostenibile che la nuova previsione, dettando una regola di facile applicazione, abbia delimitato con chiarezza e precisione i confini temporali della responsabilità dei componenti dell'organo amministrativo, incentivando così l'assunzione delle relative responsabilità da parte dei soggetti professionalmente più attrezzati e quindi più consapevoli dei rischi, liberati dal timore di subire azioni di responsabilità nonostante il decorso di lunghi periodi di tempo.

Non c'è inoltre dubbio che legare a un momento ben individuabile il termine decadenziale all'esercizio dell'azione di responsabilità vada nel senso della semplificazione della disciplina della società, e cioè vada nella direzione di un principio indicato dalla lett. c) del 1° co. dell'art. 2 delega come linea guida per la riforma delle società di capitali.

Naturalmente, però, queste giustificazioni appaiono alquanto opinabili ed anche quando venissero condivise potrebbero non evitare la declaratoria di incostituzionalità, qualora l'incostituzionalità fosse fatta valere sotto il profilo dell'eccessiva genericità dei criteri direttivi di cui alle lett. b) e c) del 1° co. dell'art. 2 della legge delega, al quale ci si richiama come parametro di legittimità delle norme contenute nel 2° e nel 3° co. dell'art. 2393.

## **2. Esercizio dell'azione**

### **2.1. La giurisdizione ordinaria: la competenza e il rito**

Le disposizioni della legge delega e del decreto delegato a cui si è fatto sinora riferimento non sono peraltro le uniche dettate dal legislatore della riforma che incidono sull'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Bisogna infatti tener presente che, parallelamente alle modifiche al codice civile, la l. 366/2001 ha delegato il Governo, tramite il 1° co. dell'art. 12, ad emanare norme che fossero dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti in materia societaria, attribuendo le relative controversie, secondo quanto specificato dalla lett. b) del 2° co., al tribunale in composizione collegiale. In base al 3° e al 4° co., il Governo avrebbe altresì potuto legiferare in tema di arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie.

Questa delega si è tradotta nell'emanazione del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Tale decreto legislativo ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo procedimento di cognizione specificamente dedicato alle controversie societarie.

In particolare, il 3° co. dell'art. 1 del menzionato decreto ha attribuito le controversie societarie, tra le quali la lett. a) del 1° co. espressamente contempla «le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi ammi-

nistrativi e di controllo», alla decisione del tribunale, il quale dovrà giudicare in composizione collegiale applicando il nuovo rito dettato dal d.lgs. 5/2003.

Risulta così confermata la regola di cui all'art. 144 ter disp. att. c.p.c., sancita, anche per sopire un contrasto insorto in giurisprudenza<sup>20</sup>, dall'art. 130, d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, istitutivo del giudice unico di primo grado, secondo cui le azioni di responsabilità proposte dalla società contro gli organi sociali non possono mai considerarsi controversie di lavoro ai sensi degli artt. 409 ss. c.p.c.<sup>21</sup>.

Quanto alla disciplina del nuovo processo di cognizione per le cause societarie, non è qui possibile soffermarsi. Basti dire che, non senza aver suscitato fondati dubbi di incostituzionalità per eccesso di delega, la nuova normativa delinea un modello processuale profondamente diverso da quello vigente per le controversie ordinarie. Così, per proporre gli esempi più significativi, nel campo societario tutta la fase introduttiva come sinora conosciuta non esisterà più: gli avvocati e le parti si scambieranno reciprocamente memorie, senza la partecipazione del giudice, che verrà evocato in seguito, in un momento molto avanzato della procedura. Inoltre, qualora venga chiesta una misura cautelare in corso di causa, come può essere il caso, nelle azioni di responsabilità, della richiesta di un seque-

---

<sup>20</sup> Nel senso che la controversia tra amministratori e società di capitali, scaturita da un'azione di responsabilità a norma dell'art. 2393, fosse di competenza del giudice del lavoro, v. App. Milano, 29 luglio 1997, in *Soc.*, 1998, 297, con nota di AMBROSINI, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 165, con nota di LIEBMAN, e in *Orient. giur. lav.*, 1998, I, 241, con nota di GANDI.

*Contra*, per l'attribuzione alla competenza del tribunale in sede ordinaria, v. Trib. Roma, 3 giugno 1996, in *Soc.*, 1996, 1193, con nota di BONAVERA; mentre è da annoverare in posizione incerta Cass., 24 marzo 1999, n. 2772, in *Mass. Foro it.*, 1999, 345, in *Giur. it.*, 1999, 1869, in *Notiz. giur. lav.*, 1999, 1065, e in *Soc.*, 1999, con nota di PICONE, in *Fall.*, 2000, 474, e in *Dir. fall.*, 2000, II, 569, con nota di RAGUSA MAGGIORE, dove non si escludeva che il rapporto organo sociale-società fosse idoneo ad integrare la fattispecie prevista dall'art. 409, n. 3, c.p.c., anche se poi, per risolvere la specifica questione, in tema di sospensione feriale dei termini, sottoposta al vaglio della Suprema Corte, si seguiva il ragionamento secondo cui l'art. 3 della l. n. 742 del 1969 (in forza del quale le controversie individuali di lavoro sono escluse dalla sospensione) si riferisce alla natura della causa, e non già al rito da cui essa è disciplinata e che «deve certamente negarsi che l'azione di responsabilità ex art. 2393 possa essere assimilata, quanto all'oggetto, a quelle in tema di controversie individuali di lavoro».

<sup>21</sup> Può essere interessante osservare che il dettato normativo, se risolve il problema del rito applicabile nelle cause «contro» gli amministratori, e quindi risolve la questione del rito applicabile nelle controversie promosse ex art. 2393 e 2393 bis, lascia però aperta la questione dal lato delle cause promosse dagli amministratori contro la società. Nulla sembra infatti escludere che possa essere soggetta al rito lavoristico la controversia nella quale un amministratore chieda la condanna della società al pagamento di una somma dovuta per effetto dell'attività di esercizio delle funzioni gestorie: da ultimo, con riferimento al regime anteriore al d.lgs. n. 51 del 1998, per il riconoscimento della competenza del giudice del lavoro in caso di azione proposta dall'amministratore contro la società, v. Cass., 4 marzo 2000, n. 2458, in *Corr. giur.*, 2000, 1353, con nota di MAUTONE, nonché Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1994, n. 10680, in *Mass. Foro it.*, 1994, 1035 s., in *Foro it.*, 1995, I, 1486, in *Soc.*, 1995, 635, con nota di MACRÌ, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1524, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2473, con nota di NERI; e, viceversa, per l'applicazione dei normali criteri di competenza nell'ipotesi di azione sociale di responsabilità esercitata, a norma dell'art. 2393, da una società nei confronti di propri amministratori, v. Cass., 6 giugno 2003, n. 9090, in *Mass. Foro it.*, 2003, 829. Per un quadro aggiornato delle questioni, cfr. inoltre FRANZONI, *op. cit.*, 320 ss.

stro conservativo o di una inibitoria a tenere comportamenti dannosi per la società, il giudice, anziché limitarsi a concedere o negare il provvedimento cautelare, potrà decidere immediatamente la causa nel merito, secondo le forme del nuovissimo «giudizio abbreviato» di cui all'art. 24, d.lgs. 5/2003.

Le azioni di responsabilità non potranno però essere svolte nelle forme del procedimento sommario di cognizione previsto dall'art. 19, d.lgs. 5/2003, con cui, attraverso una procedura semplificata, il legislatore ha riconosciuto al creditore di una somma di denaro anche non liquida il diritto ad ottenere in suo favore, ove il giudice monocratico designato ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, una ordinanza immediatamente esecutiva ma inidonea ad assumere efficacia di giudicato. Il 1° co. dell'art. 19 esclude infatti espressamente dall'ambito di applicabilità di tale procedimento sommario, «le azioni di responsabilità da chiunque proposte». Ciò probabilmente sull'assunto dell'incompatibilità delle forme sommarie con la complessità degli accertamenti e la delicatezza delle questioni sollevate in questo tipo di azioni.

## 2.2. La giurisdizione arbitrale

Passando all'arbitrato, occorre innanzitutto osservare che le azioni di responsabilità dei soci e della società contro gli amministratori vertono su un diritto tipicamente disponibile, qual è il diritto al risarcimento del danno.

Potendo formare oggetto di rinuncia e transazione, l'azione sociale di responsabilità può anche, in forza dell'art. 806 c.p.c., essere deferita al giudizio arbitrale<sup>22</sup>.

Non suscita pertanto sorpresa che il d.lgs. 5/2003 abbia riconosciuto la possibilità, salvo che per le società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio, di deferire le relative controversie ad arbitri, sulla base di clausole contenute nell'atto costitutivo posto a fondamento della società<sup>23</sup>.

Riguardo specificamente all'arbitrato su controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e quindi all'arbitrato avente ad oggetto l'azione di responsabilità, il 4° co. dell'art. 34 dispone che la

---

<sup>22</sup> In questo senso, v. Cass., 2 settembre 1998, n. 8699, in *Mass. Foro it.*, 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1439, con nota di VIDIRI, e in *Giur. it.*, 1999, 1660, con nota di VAIRA; FRÈ e SBISÀ, *op. cit.*, 856; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 300, ed in *Tratt. Rescigno*, 16, cit., 523.

L'esclusione, di cui si è detto in precedenza, che l'azione di responsabilità possa essere devoluta al giudice del lavoro ha fatto venir meno ogni residuo dubbio sull'arbitrabilità delle controversie sull'azione di responsabilità, che, diversamente, avrebbe potuto essere posta in discussione sulla base della regola dettata per le controversie di lavoro dal 2° co. dell'art. 808 c.p.c.

<sup>23</sup> È da ricordare che secondo il 6° co. dell'art. 34, le modifiche dell'atto costitutivo, introdotte o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale, e che i soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.

corrispondente clausola compromissoria statutaria si intende vincolante anche per amministratori, liquidatori e sindaci per il solo fatto dell'accettazione, da parte di questi ultimi, dell'incarico. In tal modo, il contratto sociale finisce per risultare efficace anche nei confronti di chi non ne è parte, benché il suo potere di amministrare discenda dalla sua designazione ad opera dell'assemblea dei soci e quindi, in ultima analisi, dall'esistenza dell'atto costitutivo della società. Del resto, è da presumere che, accettando l'incarico, l'amministratore sia a conoscenza del contenuto dell'atto costitutivo della società. Pertanto, più che di una deroga al dogma della volontà, da cui discenderebbe l'incostituzionalità della previsione, dal momento che il nostro ordinamento ritiene l'arbitrato obbligatorio in contrasto con il diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost., il 4° co. dell'art. 34 sembra, più modestamente, introdurre una deroga al principio riconosciuto dagli artt. 807 e 808 c.p.c. della forma scritta per la validità del compromesso e della clausola compromissoria. L'accettazione della carica da parte dell'amministratore, a cui è legata l'accettazione della competenza arbitrale, può infatti avvenire anche in forma tacita.

Sia per assicurare l'effettiva terzietà del giudicante sia per risolvere i problemi di costituzione dell'organo arbitrale che insorgono nelle controversie plurisoggettive, quali normalmente sono le controversie societarie e in particolare le azioni di responsabilità, la clausola compromissoria dovrà, come dispone il 2° co. dell'art. 34, conferire il potere di nomina degli arbitri a un soggetto estraneo alla società.

Inoltre, per permettere ai soci che lo desiderano di intervenire nel procedimento arbitrale, secondo quanto consentito dal 2° co. dell'art. 35, la domanda di arbitrato dovrà, ai sensi del 1° co. dell'art. 34, essere depositata presso il registro delle imprese ed essere accessibile ai soci<sup>24</sup>.

Ed ancora: risolvendo legislativamente una questione aspramente dibattuta, stabilisce l'art. 35, 5° co., che, anche quando la clausola compromissoria preveda un arbitrato irrituale, la parte conserva il potere di chiedere al giudice ordinario di emanare i provvedimenti cautelari necessari a tutelare il suo diritto nelle more del procedimento<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Per quanto la norma si riferisca solo alla domanda di arbitrato «proposta dalla società o in suo confronto», è da ritenere che l'obbligo di deposito presso il registro delle imprese sussista anche quando la domanda sia proposta, ex art. 2393 bis, dai soci di minoranza. Pure in questo caso è infatti riscontrabile la *ratio* che sottende la previsione e che consiste nell'assicurare un mezzo di pubblicità legale volto a garantire agli altri soci l'intervento nel procedimento.

<sup>25</sup> In mancanza di tale disposizione, opererebbe anche per la materia in esame l'orientamento maggioritario in giurisprudenza che, nonostante le fondate critiche della dottrina, ritiene la presenza di una clausola per arbitrato irrituale incompatibile con l'intervento in via cautelare del giudice: nel senso che la devoluzione delle controversie in arbitrato irrituale, comportando una preventiva e generale rinuncia alla tutela giurisdizionale, preclude il ricorso alla tutela cautelare dsdavanti al giudice ordinario, v., ex pluribus, Trib. Catania, 13 settembre 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 507; Trib. Napoli, 7 agosto 1997, in *Giur. it.*, 1998, 2070; Trib. Torino, 14 aprile 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 556, con nota di CHIARLONI; Trib. Milano, 29 settembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1;

### 2.3. Il termine di proponibilità della domanda

Tornando al d.lgs. 6/2003, l'innovazione forse più importante operata dal legislatore della riforma è stata, accanto alla generalizzazione dell'azione sociale di minoranza, la fissazione di termini certi di decadenza per l'esercizio dell'azione di responsabilità.

In proposito, il 3° co. dell'art. 2393, introdotto *ex novo* dal d.lgs. 6/2003, ha stabilito che l'azione di responsabilità «può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica».

La formulazione del precetto non appare tra le più felici. Sarebbe stato certo preferibile scrivere, al fine di evitare ogni incertezza circa la natura decadenziale del termine, che l'azione «deve essere esercitata, a pena di decadenza, entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica».

In ogni caso, non sembra dubbio che il legislatore abbia inteso il nuovo termine quale termine di decadenza all'esercizio dell'azione, e che quindi esso non sia soggetto alle norme sulla sospensione e sull'interruzione della prescrizione<sup>26</sup>, nonché a quanto stabilito dall'art. 2935 sul momento a partire dal quale la stessa inizia a decorrere<sup>27</sup>. Diversamente, sarebbe difficile attribuire qualche significato alla nuova regola, in quanto, sino alla cessazione dalla carica, il

---

Trib. Verona, 18 ottobre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 177, con osservaz. di CAVALLINI. *Contra*, v. però Trib. Torino, 31 ottobre 1996, in *Giur. it.*, 1998, 2070; Trib. Roma, 7 agosto 1997, in *Giur. it.*, 1998, 2070; Trib. Roma, 24 luglio 1997, in *Gius.*, 1998, 120, in *Giur. it.*, 1998, 2070, in *Foro it.*, 1998, I, 3669, con nota di GRASSO.

<sup>26</sup> Nel senso che il nuovo 3° co. dell'art. 2373 abbia introdotto un termine quinquennale di decadenza, v. sia pure dubitativamente, PANZANI, *op. cit.*, 1477, secondo cui «sembra trattarsi di termine di decadenza che prescinde dall'eventuale occultamento del fatto doloso o colposo e che non incide sulla decorrenza della prescrizione ai sensi dell'art. 2949». Nel senso della natura decadenziale del termine di cinque anni per l'azione sociale di responsabilità, decorrente dalla cessazione dell'amministratore dalla carica, v. anche ASSONIME (a cura di), *Guida alla riforma delle società di capitali*, in *www.assonime.it*, maggio 2003, 41; DI AMATO, *op. cit.*, 212 s., il quale mette in luce come per l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori nelle società a responsabilità limitata, mancando una disposizione analoga a quella di cui al 3° co. dell'art. 2393, valga invece l'ordinario termine prescrizione previsto dall'art. 2949, 1° co.

Per una diversa ricostruzione, v. NAZZICONE, *sub art.* 2393, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 195 ss., a cui avviso il nuovo 3° co. dell'art. 2393 non prevede alcuna decadenza, ma intende solo determinare il momento iniziale di decorrenza del termine quinquennale di prescrizione dettato dall'art. 2949 per l'esercizio delle azioni di responsabilità (nel senso che il 3° co. dell'art. 2393 si limiti a individuare il *dies a quo* dal quale decorre il termine quinquennale di prescrizione *ex art.* 2949, v. anche, per quanto apoditticamente, GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 2003, 325, e *Il nuovo diritto societario*, cit.). Secondo tale impostazione, la qualificazione come decadenza del termine di cui al 3° co. dell'art. 2393 si porrebbe infatti in contraddizione con la mancanza, nel caso di specie, della caratteristica dell'usuale brevità del termine decadenziale rispetto al termine di prescrizione che con esso concorre.

<sup>27</sup> Uguale, invece, è il regime processuale, giacché tanto le prescrizioni quanto le decadenze, in forza, rispettivamente, dell'art. 2938 e 2969, non possono, in linea generale, essere rilevate d'ufficio.

decorso della prescrizione dei diritti derivanti dai rapporti sociali, che l'art. 2949, 1° co., fissa in cinque anni, è già sospeso per effetto della norma generale dettata dall'art. 2941, n. 7).

Per meglio comprendere le innovazioni, può essere opportuno procedere per ordine, rammentando il contenuto della disciplina, in tema di prescrizione nei rapporti sociali, di cui agli artt. 2941 e 2949, che, insieme all'art. 2935, in precedenza governava la materia oggi incisa dal 3° co. dell'art. 2935.

Il n. 7) dell'art. 2941 stabilisce che, nel periodo di durata della carica, la prescrizione del diritto delle persone giuridiche ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dei suoi amministratori rimane sospesa<sup>28</sup>.

Il 1° co. dell'art. 2949 fissa in cinque anni il termine di prescrizione dei diritti che derivano dai rapporti sociali, tra i quali devono essere annoverati anche il diritto della società ad essere tenuta indenne dal danno ad essa eventualmente cagionato dai suoi amministratori<sup>29</sup>.

L'art. 2935 dispone che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, cosa che, nel caso del diritto al risarcimento del danno, avviene, secondo i principi generali, nel momento in cui la fattispecie dannosa si è perfezionata ossia quando il danno si è verificato<sup>30</sup>.

Considerato tale contesto normativo, l'art. 2393, 3° co., opera non poche modifiche per l'ipotesi in cui il danno si sia verificato prima della cessazione degli amministratori dalla carica<sup>31</sup>. Tanto secondo il regime precedente come secondo quello attuale, infatti, il diritto al risarcimento del danno rimane «congelato» nel periodo in cui gli amministratori ricoprono la carica ed il diritto vantato dalla società inizia a «consumarsi» in un arco di tempo quinquennale solo dopo che gli amministratori siano cessati dalla carica. Sennonché, a differenza che nell'assetto *ante* riforma, a seguito dei cambiamenti operati dal d.lgs. 6/2003, in luogo del generale termine di prescrizione dettato dall'art. 2949, a partire dalla cessazione degli amministratori dalla carica decorre un termine

---

<sup>28</sup> Per l'applicabilità della norma all'azione sociale di responsabilità, v. Trib. Roma, 17 settembre 2001, in *Soc.*, 2002, 744, con nota di COLLIA.

<sup>29</sup> Nel senso dell'indubitabilità che l'azione sociale di responsabilità derivi da un rapporto sociale, v. FRÈ, *sub* art. 2393, cit., 857.

<sup>30</sup> Per l'affermazione che, in relazione al principio generale dell'art. 2935, «nel caso di cui si tratta, "il diritto può essere fatto valere" soltanto dal momento in cui il danno si è verificato», v. FRÈ e SBISÀ, *op. cit.*, *sub* art. 2393, 859. Nel senso che il termine quinquennale di prescrizione dell'azione di responsabilità degli amministratori nei confronti della società di cui al 1° co. dell'art. 2949 decorra dal momento della produzione del danno (e non già da quello diverso del compimento della violazione), v. anche BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 294, ed in *Tratt. Rescigno*, 16, cit., 521 s., e da ultimo, in giurisprudenza, App. Bologna, 23 aprile 2002, in *Gius.*, 2002, 1884.

<sup>31</sup> Per NAZZICONE, *sub* art. 2393, cit., 198, quando il danno si sia verificato prima della cessazione dell'amministratore dalla carica, non vi sarebbe addirittura nessuna differenza tra la nuova e la vecchia disciplina, perché in entrambi i casi il momento della cessazione dell'amministratore dalla carica costituirebbe il *dies a quo* per il decorso di un identico termine quinquennale di prescrizione.

anch'esso quinquennale ma di decadenza e come tale non soggetto né a sospensione né a interruzione. Tanto meno, poi, ci si può aspettare che il nuovo termine, avendo natura decadenziale, possa ancora prolungarsi, come un tempo poteva accadere *ex art. 2947, 3° co.*, quando i fatti imputati agli amministratori siano previsti dalla legge come reato<sup>32</sup>.

Più rilevanti ancora sono però le differenze tra vecchio e nuovo regime per l'ipotesi in cui il danno si sia verificato dopo la cessazione degli amministratori dalla carica.

Nel vecchio regime l'azione di responsabilità sarebbe stata possibile sino a che non fosse trascorso il termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 2393, decorrente dal momento della verifica del danno.

Nel nuovo regime, invece, l'azione di responsabilità non può più essere esercitata decorsi cinque anni dalla cessazione degli amministratori dalla carica.

Di conseguenza, stando al nuovo 3° co. dell'art. 2393, si possono verificare due eventualità.

Se il danno si è verificato dopo la cessazione degli amministratori dalla carica ma prima del decorso del termine quinquennale, l'azione continua a poter essere esercitata, sia pure in un termine che può risultare alquanto ristretto e quindi tale da non assicurare l'effettiva possibilità di agire in giudizio.

Se invece il danno si è verificato successivamente al decorso dei cinque anni dalla cessazione degli amministratori dalla carica, poiché in precedenza, in mancanza del danno, difettava la stessa possibilità giuridica di esercitare l'azione di responsabilità, deve concludersi che il termine decadenziale oggi dettato dall'art. 2393 precluda alla società la possibilità di far valere il proprio diritto al risarcimento del danno.

Naturalmente, il nuovo art. 2393, 3° co., viene così a colorarsi di incostituzionalità. Sembrerebbe infatti contrastare con gli artt. 3 e 24 Cost., privare il danneggiato di qualsiasi azione giudiziale per far valere il suo diritto al risarcimento del danno patito<sup>33</sup>. Né pare agevole trovare ragioni sufficienti a giustificare la scelta di sfornire la società di tutela rispetto ai fatti dannosi verificatisi dopo il trascorrere di almeno cinque anni dalla cessazione degli amministratori dalla carica. Di certo, non può essere considerata una valida ragione quella di assicurare la non sanzionabilità civile delle condotte dannose per ridurre i costi delle assicurazioni per gli amministratori<sup>34</sup>. Ma non convince neppure che la nuova previsione trovi un'apprezzabile ragione giustificativa nel fatto di

---

<sup>32</sup> Per il riconoscimento, essendo stata promossa l'azione penale per bancarotta nei confronti degli amministratori, della possibilità di prolungare, ai sensi dell'art. 2947, 3° co., il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno subito dalla società, v. Cass., 13 aprile 1994, n. 3430, in *Mass. Foro it.*, 1994, 306, in *Fall.*, 1994, 849, e in *Giust. civ.*, 1994, I, 2859, con nota di FRONTINI; Trib. Milano, 14 novembre 1993, in *Fall.*, 1994, 1051.

<sup>33</sup> Lo rileva NAZZICONE, *sub art. 2393*, cit., 198.

<sup>34</sup> Secondo NAZZICONE, *sub art. 2393*, cit., 198, è questo il probabile scopo della norma introdotta dal legislatore della riforma.

aver definito con chiarezza e precisione la scadenza delle responsabilità degli amministratori, incentivando in tal modo l'assunzione di incarichi negli organi amministrativi da parte del ceto professionale più consapevole dei rischi inerenti alla carica, non più dissuaso dal timore di azioni di responsabilità esercitate dopo lungo lasso di tempo.

Ulteriori profili di incostituzionalità emergono poi dal confronto con l'azione di responsabilità contro gli amministratori nelle società a responsabilità limitata, dove, nel silenzio del legislatore, che non ha introdotto termini di decadenza del tipo di quello dettato dal 3° co. dell'art. 2393, si deve ritenere che operi il regime ordinario della prescrizione in materia di rapporti societari, incardinato sugli artt. 2941, n. 7), 2949, 1° co., e 2935. In particolare, non si riesce a comprendere quale sia la ragione di aver riservato un trattamento più favorevole agli amministratori delle società per azioni, contro i quali, a differenza che contro gli amministratori delle società a responsabilità limitata, decorsi i cinque anni dalla cessazione dalla carica, l'azione non potrà essere più esercitata nemmeno quando il danno si sia manifestato in un momento successivo<sup>35</sup>.

Quanto poi all'incidenza pratica del nuovo 3° co. dell'art. 2393, non sarà affatto raro il verificarsi della circostanza che l'amministratore cessi dalla carica, trascorranza cinque anni e, tuttavia, il danno derivato dalla sua condotta non si sia ancora realizzato. In molti casi, infatti, il danno si verifica dopo che è trascorso molto tempo dal compimento della condotta che lo ha cagionato. Così, ad esempio, quando gli amministratori abbiano ommesso di ottemperare agli obblighi tributari o contributivi, l'accertamento della violazione e la comminatoria della sanzione e degli interessi può intervenire dopo parecchi anni; e nel caso in cui l'amministratore concluda contratti con clienti morosi o insolventi, il danno può dirsi verificato soltanto al momento il cui il credito diventi definitivamente inesigibile<sup>36</sup>.

Se però l'azione di responsabilità dovesse essere esercitata dal curatore fallimentare nel quadro dell'art. 146 l. fall., e cioè cumulando i vantaggi delle azioni previste dagli artt. 2393 e 2394, al fine di acquisire all'attivo fallimentare tutto quanto sottratto per fatti imputabili agli amministratori, il nuovo 3° co. dell'art. 2393 non dovrebbe trovare applicazione. Dovrà invece normalmente applicarsi, in quanto quasi sempre più favorevole per il curatore, il 2° co. dell'art. 2394, che consente l'esercizio dell'azione nell'ordinario termine prescrizione di cinque anni a decorrere da «quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento» dei creditori<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Per il rilievo dell'incostituzionalità della diversa disciplina, v. DI AMATO, *op. cit.*, 212 s.

<sup>36</sup> Si tratta di esempi proposti da NAZZICONE, *sub* art. 2393, *cit.*, 195.

<sup>37</sup> Nel senso illustrato, v. Cass., 7 novembre 1997, n. 10937, in *Mass. Foro it.*, 1997, 1081, e in *Fall.*, 1998, 697, con nota di BARBIERI, dove viene altresì precisato come il manifestarsi dell'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare i crediti possa non coincidere con il determinarsi dello stato di insolvenza, ma essere posteriore alla dichiarazione di fallimento o, più raramente, anteriore. Sta peraltro all'amministratore, come afferma Cass., 28 maggio 1998, n. 5287, in *Foro it.*,

## 2.4. L'azione sociale ordinaria: l'autorizzazione dell'assemblea

Circa la legittimazione a promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori, essa compete tanto alla società quanto ai soci che rappresentino una percentuale qualificata del capitale sociale.

Riguardo in particolare all'azione promossa dalla società e cioè all'azione sociale ordinaria, il legislatore della riforma ha confermato, al 1° co. dell'art. 2393, la regola generale secondo cui essa viene esercitata, a mezzo del rappresentante legale o di altro rappresentante processuale della società, a seguito di deliberazione dell'assemblea ordinaria, competente ai sensi dell'art. 2364, n. 4), necessaria anche se la società è in liquidazione<sup>38</sup>.

Naturalmente, come dispone l'art. 2373, 3° co., dettando una presunzione assoluta di conflitto di interessi, l'amministratore che sia anche socio non potrà votare quando si tratti di deliberare sull'autorizzazione all'azione contro di lui ovvero su altre questioni riguardanti la sua responsabilità<sup>39</sup>. Dal momento però che l'azione sociale contro gli amministratori ha natura personale e deve quindi essere deliberata non cumulativamente ma separatamente per ciascun amministratore, mediante distinte valutazioni dei fatti e delle colpe, ogni socio amministratore ha facoltà di partecipare alla votazione riguardante la responsabilità dell'altro senza per questo versare in conflitto d'interessi<sup>40</sup>.

Più nel dettaglio, è da notare che la deliberazione assembleare con cui viene autorizzato l'esercizio dell'azione sociale può essere assunta in occasione della discussione del bilancio<sup>41</sup>, anche se non all'ordine del giorno, ma, come il legislatore della riforma ha precisato aggiungendo un inciso all'ultima parte del 2° co.

---

2000, I, 242, e in *Giust. civ.*, 1998, I, 3119, con nota di VIDIRI, provare tale ultima circostanza, che anticipa il decorso della prescrizione.

<sup>38</sup> L'autorizzazione viene conferita per l'esercizio dell'azione, vale a dire per l'esercizio di un potere che non si consuma per effetto della semplice estinzione del processo.

Sembra pertanto corretto affermare che l'estinzione del processo (ad esempio per mancata riassunzione dopo la sua interruzione) non comporta il venir meno dell'efficacia della delibera con cui i soci abbiano autorizzato la società a perseguire la responsabilità dei propri amministratori, contro i quali possono essere proposti ulteriori giudizi senza necessità di una nuova delibera assembleare: in questo senso, v. Cass., 28 agosto 2000, n. 9904, in *Giur. it.*, 2001, 1429; Cass., 28 luglio 2000, n. 9904, in *Mass. Foro it.*, 2000, 935, in *Giur. comm.*, 2001, II, 221, con nota di JEANTET, in *Dir. fall.*, 2001, II, 892, in *Fall.*, 2001, 773, con nota di FINARDI. *Contra*, per la necessità di una nuova deliberazione dell'assemblea, v. App. Torino, 16 marzo 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3434.

<sup>39</sup> Osserva FRANZONI, *op. cit.*, 315, che la coincidenza tra la figura del socio e quella dell'amministratore si verifica soprattutto nelle piccole società, specie se a base familiare, e che in questi casi, per aggirare l'obbligo di astensione dal voto per chi si trovi in conflitto di interessi, può sorgere la tentazione della cessione fittizia della quota del socio amministratore ad un prestanome.

<sup>40</sup> Così Trib. Bologna, 15 settembre 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 829, e in *Giur. comm.*, 1994, II, 116, con nota di ENRIQUES.

<sup>41</sup> Per l'irrilevanza, ai fini della deliberazione dell'azione di responsabilità, del tipo di provvedimento adottato dall'assemblea in merito al bilancio, essendo sufficiente che si sia discusso in concreto dell'andamento gestionale e delle allocazioni attive e passive, v. Trib. Milano, 15 dicembre 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 358.

dell'art. 2393, soltanto relativamente ai fatti di competenza dell'esercizio cui il bilancio si riferisce<sup>42</sup>.

Poiché l'ordine del giorno viene fissato dagli amministratori, i quali, ai sensi dell'art. 2366, convocano l'assemblea indicando l'elenco delle materie da trattare, e poiché sembra improbabile che gli amministratori mettano in trattazione l'azione di responsabilità contro se stessi, la possibilità per l'assemblea di deliberare, al di fuori dell'ordine del giorno, solo relativamente ai fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio parrebbe tradursi in una sorta di termine di decadenza annuale per la proposizione dell'azione<sup>43</sup>.

Ma l'ipotesi di inconveniente non deve essere sopravvalutata, sia perché l'assemblea potrà deliberare l'azione anche successivamente, una volta che nuovi amministratori l'abbiano inserita all'ordine del giorno o che l'assemblea si tenga *ex art. 2367* su richiesta della minoranza, sia perché i soci di minoranza possono direttamente esperire l'azione di responsabilità senza bisogno di una previa delibera assembleare<sup>44</sup>.

Maggiormente complesso si presenta il tema dell'eventuale impugnazione della delibera che autorizzi l'esercizio dell'azione.

In proposito, non bisogna dimenticare che, come dispone l'art. 2393, 4° co., qualora la deliberazione dell'azione di responsabilità abbia ottenuto il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, gli amministratori contro i quali è proposta decadono automaticamente dalla propria carica e sorge l'obbligo dell'assemblea di provvedere, nella stessa o in altra seduta<sup>45</sup>, alla loro sostituzione<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Nel precedente regime si riteneva invece che la deliberazione dell'azione sociale di responsabilità potesse essere adottata dall'assemblea ogniqualvolta fosse posta all'ordine del giorno l'approvazione del bilancio a prescindere dal fatto che gli addebiti posti a suo fondamento fossero connessi a fatti gestori rappresentati dal bilancio in discussione: così Trib. Milano, 3 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2003, 2325.

<sup>43</sup> In questo senso, v. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 15; AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 68, ora in *Giur. comm.*, 2003, I, 316; ID., *Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società*, in *Soc.*, n. 2 bis, 2003, 356.

<sup>44</sup> Così PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, cit., 1480.

<sup>45</sup> Secondo Trib. Milano, 22 marzo 1993, in *Soc.*, 1993, 1081, con nota di STRANEO, per quanto la legge non preveda alcuna *prorogatio* dell'amministratore revocato (a differenza di quanto dispone, per il caso di cessazione, l'art. 2385, 1° co.), questi mantiene il potere di convocare l'assemblea allo scopo di nominare il sostituto.

Per Trib. Como, 2 agosto 1999, in *Soc.*, 2000, 611, con nota di TERENCE, invece, l'amministratore revocato non conserva nemmeno questa facoltà residua.

<sup>46</sup> Se l'amministratore revocato è anche socio, si pone il problema della sua partecipazione alla deliberazione di nomina dei componenti del nuovo organo amministrativo.

Secondo la giurisprudenza, i soci amministratori contro cui sia stata promossa azione sociale di responsabilità, e siano stati per questo revocati dall'incarico, non incorrono in conflitto di interessi *ex art. 2373* con la società quando si tratti di votare per la nomina dei nuovi amministratori: in questo senso, v. Trib. Trani, 27 settembre 2000, in *Soc.*, 2001, 71, con nota di CUPIDO; Trib. Milano, 9

Né si deve trascurare che analogo effetto si ritiene operi nei confronti dei sindaci quando essi siano oggetto dell'azione<sup>47</sup>.

È evidente quindi che la delibera di autorizzazione all'azione di responsabilità possa prestarsi ad un uso strumentale, volto in realtà a conseguire il risultato della revoca di amministratori o sindaci, e possa così celare un abuso di maggioranza<sup>48</sup>.

Da ciò discende la sicura ammissibilità dell'impugnazione a norma dell'art. 2377 ss., ove risulti che l'azione di responsabilità, prevista in astratto a favore ed a tutela della società, sia stata in concreto deliberata nell'interesse particolare dei soci che l'hanno approvata<sup>49</sup>.

Può pertanto accadere che non solo i soci assenti, dissenzienti, od astenuti, ma anche gli amministratori, compresi quelli contro i quali sia stata autorizza-

---

maggio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 794, con nota di WEIGMANN, in *Foro it.*, 1992, I, 2526, e in *Giur. comm.*, 1992, II, 349; Trib. Napoli, 28 settembre 1988, in *Giur. comm.*, 1991, II, 327, con nota di PALMIERI. Stando a questo orientamento, la delibera di nomina assunta con il voto determinante del socio revocato dall'ufficio di amministratore è pertanto valida e viceversa è invalida la delibera relativa alla nomina del nuovo amministratore assunta con l'esclusione dal voto dell'amministratore revocato: così Trib. Milano, 4 giugno 1990, in *Soc.*, 1990, 1349, con nota di CUPIDO.

<sup>47</sup> Se l'azione di responsabilità è promossa nei confronti dei sindaci con maggioranza qualificata non inferiore ad un quinto, deve reputarsi che, in forza del disposto degli artt. 2393, 3° co., e 2407, 4° co., operi l'effetto legale della loro revoca e della loro sostituzione con altri designati dall'assemblea, senza necessità che la revoca sia approvata, ex art. 2400, 2° co., con decreto del tribunale: per questo orientamento, v. Trib. Roma, 8 aprile 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 73, con nota di JORIO, e in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, 87; Trib. Roma, 17 gennaio 1997, in *Soc.*, 1997, 453, con nota di RIZZINI BISINELLI; App. Milano, 11 maggio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 1013, e in *Impresa*, 1988, 1953; App. Milano, 16 dicembre 1986, in *Dir. fall.*, 1988, II, 675; Trib. Milano, 4 novembre 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 763, con nota di JORIO, e in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, 259.

<sup>48</sup> Proprio per evitare abusi, che in questo caso sarebbero ancora più preoccupanti, in quanto «abusi di minoranza», è da ritenere che la disposizione sulla revoca automatica degli amministratori non possa essere estesa all'ipotesi dell'azione sociale esercitata dalla minoranza. La legge infatti richiede l'esistenza di una delibera che approvi l'esercizio dell'azione di responsabilità, circostanza che può verificarsi solo con il voto favorevole della maggioranza assembleare. Inoltre, se si riconoscesse ai soci possessori del quinto del capitale sociale il potere di determinare la revoca degli amministratori esercitando l'azione di responsabilità, si consentirebbe il «facile abuso dell'azione sociale esercitata dalle minoranze, al solo scopo di comportare tale effetto»: NAZZICONE, *sub art. 2393 bis c.c.*, cit., 204.

<sup>49</sup> In questo senso, v. Trib. Milano, 9 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, 967, con nota di PREITE; Cass., 19 agosto 1983, n. 5410, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1138, con nota di MARULLI, in *Dir. fall.*, 1983, II, 1084, e in *Foro it.*, 1984, I, 2298. Sull'oggetto del giudizio di impugnazione della delibera di autorizzazione al promovimento dell'azione sociale di responsabilità, v. anche Trib. Milano, 1° febbraio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1891, con nota di BREIDA, secondo cui, più che valutare il *fumus* della proponenda azione, occorre valutare la congruità della motivazione assembleare, al fine di verificare se ne emerga il carattere meramente strumentale e quindi l'eccesso di potere.

Per quanto riguarda, in particolare, l'autorizzazione a promuovere l'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci, si è ritenuto che la relativa delibera debba considerarsi nulla per illiceità dell'oggetto, ove si accerti in concreto un esercizio strumentale dell'azione di responsabilità finalizzato all'aggiramento delle garanzie che presidiano la funzione dei sindaci e la loro stabilità: così Trib. Rimini, 24 settembre 2002, cit.

ta l'azione, ovvero il collegio sindacale<sup>50</sup>, impugnino la delibera, chiedendone, come l'art. 2378 consente, la sospensione in via d'urgenza.

In tal modo, gli stessi soggetti passivi dell'azione di responsabilità, e cioè i componenti dell'organo amministrativo e di quello di controllo, possono sia provocare un giudizio sulla validità dell'autorizzazione alla causa nei loro confronti, sia impedire che, nella pendenza di tale giudizio, operi la loro revoca<sup>51</sup>, che altrimenti dovrebbe conseguire quale effetto del 4° co. dell'art. 2393.

## 2.5. (Segue). ... e il curatore speciale

Una volta che sia stata validamente deliberata dall'assemblea, l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori viene esercitata dalla società per mezzo del proprio legale rappresentante<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> In proposito si è affermato, nel regime *ante* riforma, che i sindaci revocati possono impugnare la delibera e richiederne, in via cautelare *ex art.* 700 c.p.c., la sospensione, provando la mala fede della maggioranza nel deliberare, senza fondamento, l'azione di responsabilità, al fine di ottenere la revoca automatica dei controllori: così Trib. Roma, 17 gennaio 1997, cit.

<sup>51</sup> Nel senso che la deliberazione assembleare di promuovere una azione sociale di responsabilità che comporti come effetto legale la revoca degli amministratori, in quanto approvata da una maggioranza pari almeno al quinto del capitale sociale, può essere sospesa, se ricorrono giusti motivi, su richiesta del socio amministratore opponente, producendo così l'effetto di sospendere anche le deliberazioni conseguenti, come quella di nomina di un nuovo amministratore, v. Trib. Milano, 26 luglio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 93. In proposito, Trib. Napoli, 9 febbraio 1993, in *Dir. e Giur.*, 1994, 401, con note di SCHISA e di DI NANNI, ha precisato che, se si dimette dalla carica amministrativa, l'amministratore che ha impugnato diviene però carente di interesse rispetto alla domanda cautelare di sospensione della deliberazione *ex art.* 2393, in quanto da quel provvedimento non potrebbe derivare la sua reintegrazione nell'ufficio.

<sup>52</sup> Si ritiene che l'azione sociale di responsabilità promossa contro gli amministratori in mancanza di deliberazione dell'assemblea sia improcedibile e che quindi, proprio perché si tratta di un difetto di procedibilità e non di proponibilità, la delibera assembleare possa intervenire anche a giudizio già instaurato, come è inevitabile avvenga quando l'azione ordinaria sia preceduta da una misura cautelare quale il sequestro conservativo sui beni degli amministratori: così Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Giur. merito*, 2002, 412; FRANZONI, *op. cit.*, 317 s. Si è inoltre stabilito che la verifica della sussistenza della deliberazione assembleare deve essere operata dal giudice anche d'ufficio: cfr., in questo senso, Cass., 11 novembre 1996, n. 9849, in *Mass. Foro it.*, 1996, 865 s., e in *Soc.*, 1997, 641, con nota di DELUCCHI, secondo cui l'autorizzazione da parte dell'assemblea costituisce un presupposto (ancorché suscettibile di successiva regolarizzazione *ex tunc*) che attiene alla legittimazione di colui che ha agito nel processo, ossia alla stessa efficacia della costituzione in giudizio della società in nome e per conto della quale l'azione di responsabilità è stata esercitata.

D'altra parte, se l'esistenza di una delibera autorizzatoria viene giudicata essenziale, non altrettanto avviene riguardo alla coerenza tra tale delibera e i fatti posti a fondamento dell'esercizio dell'azione sociale. È stato infatti affermato che l'azione di responsabilità può essere fondata anche su fatti diversi da quelli specificamente esaminati dall'assemblea e che l'enunciazione di specifici addebiti nella deliberazione assembleare con cui l'azione sia stata autorizzata non pone limiti oggettivi all'esperimento dell'azione medesima: così Trib. Milano, 17 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 48; Trib. Milano, 9 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, 967, con nota di PREITE.

Dal momento che la rappresentanza della società è affidata agli amministratori, occorre però prestare attenzione all'insorgenza di conflitti di interesse.

Tali conflitti non possono insorgere quando la deliberazione dell'azione di responsabilità sia stata assunta con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso, infatti, come si è in precedenza accennato, la deliberazione dell'azione importa la revoca automatica degli amministratori nei cui confronti sia stata proposta.

Ma se la deliberazione, pur assunta a maggioranza, non ha ottenuto il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, gli amministratori restano in carica. Ed allora, non potendosi ammettere che la società sia rappresentata da soggetti che già stanno in giudizio nel proprio esclusivo interesse per difendersi dall'accusa di avere violato i doveri della carica amministrativa, dovrà applicarsi il 2° co. dell'art. 78 c.p.c., secondo cui, quando c'è un conflitto di interessi con il rappresentante, al rappresentato viene nominato, con il procedimento di cui agli artt. 79 e 80 c.p.c., un curatore speciale<sup>53</sup>.

Ciò significa che, nella loro qualità di parti in causa, ai sensi del 2° co. dell'art. 79 c.p.c., tanto la società, per il tramite dei propri organi, quanto i singoli amministratori contro cui sia esercitata l'azione, potranno fare istanza al presidente del tribunale per la nomina del curatore in questione.

Qualora poi nessuno di questi soggetti abbia proposto l'istanza, è ragionevole pensare che il tribunale, nell'udienza di comparizione, debba disporre, in applicazione analogica dell'art. 182, 2° co., c.p.c., l'adozione degli opportuni provvedimenti sananti ed invitare le parti ad azionare il procedimento per la nomina del curatore speciale.

## 2.6. L'azione sociale di minoranza: i *quorum*

Riguardo alla legittimazione dei soci rappresentativi di una percentuale significativa, anche se non maggioritaria, delle azioni, il 1° e il 2° co. del nuovo art. 2393 bis stabiliscono che essa è attribuita ai soci titolari di almeno un quinto del capitale sociale o, nelle società «aperte», che ricorrano al mercato del capitale di rischio, titolari di almeno un ventesimo dello stesso.

Tali *quorum*, che il legislatore delegato ha ritenuto congrui allo scopo, indicato dall'art. 4, 2° co., lett. a), n. 2, della legge delega, di evitare situazioni di eccessiva conflittualità, possono essere modificati statutariamente.

---

<sup>53</sup> Nel senso che «l'azione è esercitata in giudizio dai nuovi amministratori o, se quelli contro i quali si agisce non sono stati revocati, da un curatore speciale nominato a norma dell'art. 78 c.p.c.», v. anche GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 324, e *Il nuovo diritto societario*, cit., 280; DI SABATO, *op. cit.*, 291. Per la libertà dell'assemblea di affidare a qualsiasi persona, che non abbia, al riguardo, un interesse contrario a quello della società, v., invece, FRÈ, *sub art. 2393*, cit., 851.

Per le società «chiuse», il 1° co. dell'art. 2393 bis dispone che lo statuto può abbassare o elevare la percentuale richiesta. Ma comunque, soggiunge la norma, la soglia che i soci di minoranza debbono raggiungere per poter esercitare l'azione non può superare il terzo del capitale sociale.

Per le società «aperte», invece, il 2° co. dell'art. 2393 bis detta la regola secondo cui la percentuale può essere ridotta, ma non elevata<sup>54</sup>.

In questo modo, dunque, la legittimazione di una minoranza di soci ad esercitare l'azione sociale di responsabilità è stata estesa dal campo delle società per azioni quotate in mercati regolamentati, dove era già prevista dall'art. 129 t.u.f., a tutte le società per azioni.

La disciplina dell'art. 129 t.u.f., pur simile a quella dettata per l'azione di minoranza *ex art.* 2393 bis ed in particolare all'azione di minoranza nelle società aperte, non è peraltro identica a quella introdotta dal d.lgs. 6/2003.

Così, ad esempio, per le società con azioni quotate, a differenza che per le altre società per azioni, l'art. 129 t.u.f. richiede, ai fini del calcolo della quota rappresentata dalla minoranza, che gli azionisti siano iscritti da almeno sei mesi nel libro dei soci. Tale requisito era stato pensato con lo scopo di scoraggiare l'acquisto azionario operato a fini di disturbo o speculativi, che in astratto potrebbero essere perseguiti anche in altri tipi di società. Ma il legislatore della riforma ha verosimilmente ritenuto che nelle società non quotate la situazione descritta difficilmente si verifica ed ha pertanto deciso di non richiedere, all'art. 2373 bis, l'iscrizione nel libro dei soci da almeno sei mesi quale requisito ulteriore di legittimazione<sup>55</sup>.

Queste differenze avrebbero potuto suscitare alcune complicazioni, dal momento che, con ogni probabilità, la disciplina dettata dall'art. 129 t.u.f. sarebbe stata considerata speciale rispetto a quella di cui all'art. 2373 bis, con la conseguenza di dover distinguere tra una azione sociale di minoranza per le società quotate, che avrebbe continuato ad essere disciplinata dall'art. 129 t.u.f., e una azione sociale di minoranza per le società non quotate, che sarebbe ricaduta sotto la sfera di applicazione del codice civile.

---

<sup>54</sup> La norma, al pari di quella dettata per le società aperte, è ovviamente inderogabile. Diversamente, non avrebbe senso che il legislatore abbia previsto che lo statuto non possa ridurre al di sotto del quinto la percentuale richiesta nelle società chiuse per l'esercizio dell'azione di minoranza.

Sul punto può essere interessante osservare che la legge delega, *ex art.* 4, 2° co., lett. a), n. 2), imponeva limiti all'autonomia statutaria solo in relazione all'azione di minoranza nelle società facenti ricorso al mercato del capitale di rischio. Ma il legislatore delegato ha giustamente ritenuto opportuno salvaguardare la posizione dei soci di minoranza anche nelle società chiuse.

<sup>55</sup> La questione è stata oggetto di uno specifico quesito, formulato alla lett. m) del parere approvato dalle Commissioni riunite II Giustizia e VI Finanze della Camera il 12 dicembre 2002, con cui è stato chiesto al Governo di valutare l'opportunità di una norma analoga a quella contenuta nell'art. 129 t.u.f. La mancata introduzione nel testo definitivo del d.lgs. 6/2003 del requisito dell'iscrizione da almeno sei mesi nel libro soci segnala che la commissione di riforma non ha ritenuto ragionevole mantenere tale limitazione.

Ma il decreto di coordinamento e di modifica, abrogando espressamente l'art. 129 t.u.f., ha troncato sul sorgere la questione, sicché ora l'azione di responsabilità esercitata dai soci di minoranza nelle società quotate risulta assorbita dalla nuova regolamentazione di cui all'art. 2373 bis.

Ne deriva, tra l'altro, che, nelle società quotate, il requisito dell'iscrizione da almeno sei mesi nel libro dei soci non costituisce più un requisito dell'azione. Del resto, tale previsione era stata criticata, perché se da un lato risultava utile per escludere la legittimazione dell'investitore di breve periodo, non di rado identificabile in speculatori animati da meri fini di disturbo, dall'altro lato l'obbligo di detenere le azioni per un periodo consistente rischiava di allontanare anche gli investitori istituzionali, animati da obiettivi di medio e lungo periodo, per i quali avrebbe potuto essere preferibile cedere la partecipazione piuttosto che attendere il decorso dei sei mesi dopo i quali diventava possibile contrastare le scelte del *management* esercitando (o minacciando) l'azione di responsabilità<sup>56</sup>.

Bisogna infine soffermarsi sul problema dei riflessi irradiati sull'esercizio dell'azione di responsabilità da parte dei soci di minoranza, dalla circostanza che la società abbia precedentemente proposto l'azione contro gli amministratori.

In linea di principio, se la società ha già proposto l'azione di responsabilità, i soci di minoranza, che agiscono in nome proprio ma nell'interesse della società, per far valere un diritto di quest'ultima, non possono a loro volta agire in giudizio. Diversamente, la medesima pretesa al risarcimento dei danni in favore della società verrebbe esercitata due volte.

Tale affermazione necessita tuttavia di due precisazioni.

In primo luogo, occorre rilevare che l'assemblea dei soci, nel deliberare l'azione, o comunque la società, nell'esercitarla<sup>57</sup>, possono aver trascurato o escluso alcuni fatti dal novero di quelli astrattamente imputabili agli amministratori. Se così avvenisse, nulla sembrerebbe vietare ai soci di minoranza di sostituirsi alla società nel chiedere all'autorità giudiziaria la condanna degli amministratori per i fatti non allegati nell'azione promossa dall'assemblea<sup>58</sup>. Né, qualora l'assemblea abbia limitato l'azione a solo alcuni tra gli ammini-

---

<sup>56</sup> Così, con riferimento agli ordinamenti anglosassoni, v. ENRIQUES, *Nuova disciplina delle società quotate e attivismo degli investitori istituzionali: fatti e prospettive alla luce dell'esperienza anglosassone*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 696 ss.

<sup>57</sup> Non bisogna dimenticare che la giurisprudenza ha ritenuto, assumendo una posizione a dire il vero scarsamente condivisibile, che la delibera assembleare che autorizza l'esercizio dell'azione non ponga limiti oggettivi alla stessa, che dunque può essere fondata anche su fatti diversi da quelli imputati dall'assemblea agli amministratori: in questo senso, v. Trib. Milano, 17 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 48; Trib. Milano, 9 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, 967, con nota di PREITE.

<sup>58</sup> Per tale opinione, v. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Soc.*, 2002, 1469.

stratori e sindaci, potrebbe essere impedito ai soci di minoranza di citare i soggetti contro i quali la società non abbia intentato causa.

In secondo luogo, poi, non può considerarsi impedito ai soci di minoranza di intervenire, per il tramite del proprio o dei propri rappresentanti comuni, nel procedimento iniziato dalla società contro i suoi amministratori<sup>59</sup>. Deve pertanto ritenersi consentito ai soci di minoranza di ingerirsi nella conduzione processuale dell'azione di responsabilità, salvi i limiti derivanti dall'operare dalle preclusioni dettate dalla legge all'intervento e alle attività che possono essere svolte dagli interventori. Come meglio si vedrà successivamente, benché, nel caso in esame, i soci intervenienti non possano ritenersi propriamente terzi rispetto alla società, la loro posizione dovrà essere assimilata a quella dei soggetti intervenienti in via adesiva autonoma, quando siano state proposte nuove domande, o in via adesiva dipendente, quando si sia semplicemente chiesto l'accoglimento delle domande proposte da una delle parti originarie, ai sensi, rispettivamente, del 1° o del 2° co. dell'art. 105 c.p.c. Nell'ipotesi di intervento adesivo autonomo, opererà la disciplina di cui all'art. 14, d.lgs. 5/2003, secondo cui l'intervento non può aver luogo dopo la scadenza del termine previsto per la notifica da parte del convenuto della comparsa di risposta; mentre nell'ipotesi dell'intervento adesivo dipendente si applicherà l'art. 15 del medesimo decreto, che permette di intervenire per tutto il corso del procedimento senza poter più compiere atti che, al momento dell'intervento, non sono più consentiti alle parti originarie, ma con il diritto di ottenere la rimessione in termini qualora sia ritenuta fondata la deduzione del dolo o della collusione a danno del soggetto interveniente e in ogni caso con il diritto di impugnare la sentenza<sup>60</sup>.

## 2.7. (Segue). ... la perdita dei requisiti di legittimazione

Nel caso di mutata consistenza della quota che, rappresentando la maggioranza sociale, ha deliberato l'azione ordinaria di responsabilità, la causa contro gli amministratori (esercitata non dai singoli soci di maggioranza ma dalla società, tramite il suo legale rappresentante o un curatore speciale) ovviamente continua.

---

<sup>59</sup> Per la possibilità dei soci di minoranza di intervenire nell'azione di responsabilità promossa dalla società, v., in relazione all'analogo problema postosi con riguardo all'art. 129 t.u.f., FRANZONI, *op. cit.*, 327.

<sup>60</sup> La possibilità di autonoma impugnazione costituisce una importante novità. La giurisprudenza ha infatti sempre ritenuto che l'interventore adesivo dipendente ex art. 105, 2° co., c.p.c. non fosse legittimato, come tale, a proporre autonoma impugnazione contro la sentenza sfavorevole alla parte da lui adiuvata, ma potesse solo aderire all'impugnazione di quest'ultima o impugnare congiuntamente ad essa: in questo senso, v., tra le molte, Cass., 23 ottobre 2001, n. 13000, in *Mass. Foro it.*, 2001, 1053, e in *Giust. civ.*, 2002, I, 2230; Cass., 1° ottobre 1999, n. 10894, in *Mass. Foro it.*, 1999, 1089; Cass., 16 ottobre 1998, n. 10237, in *Mass. Foro it.*, 1998, 1065; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10252, in *Mass. Foro it.*, 1997, 1021.

Più delicata è la questione del venir meno dei requisiti di legittimazione quando l'azione di responsabilità sia esercitata dai soci di minoranza.

L'art. 2373 bis, come pure, in precedenza, l'art. 129 t.u.f., nulla dice per il caso di perdita della titolarità delle azioni, o della percentuale richiesta, nel corso del giudizio, né stabilisce qualcosa per il caso analogo in cui uno o più soci necessari per raggiungere il *quorum* rinuncino, in corso di causa, all'azione.

Secondo una classica impostazione, la lacuna normativa va risolta osservando che il fatto di rappresentare una determinata quantità del capitale sociale costituisce, ai fini dell'esercizio dell'azione di responsabilità, una condizione dell'azione, relativa alla sussistenza della legittimazione ad agire, e non un mero presupposto processuale<sup>61</sup>. Poiché costituisce insegnamento consolidato quello secondo cui per i presupposti processuali è sufficiente riscontrare la loro esistenza al momento della notificazione dell'atto di citazione, mentre le condizioni dell'azione debbono perdurare lungo tutto il corso del giudizio, partendo dai presupposti enunciati sembrerebbe doversi concludere che, in ogni ipotesi in cui venga meno la percentuale richiesta per l'esercizio dell'azione di responsabilità, si dissolve la possibilità di pervenire alla sentenza di merito e deve essere invece dichiarata, con una sentenza processuale, l'intervenuta carenza di legittimazione attiva<sup>62</sup>.

In realtà, però, sembra maggiormente corretto ritenere che la titolarità della quota richiesta dalla legge o dallo statuto per l'esercizio dell'azione debba

---

<sup>61</sup> Sono considerate condizioni dell'azione la legittimazione e l'interesse ad agire o a contraddire. L'eventuale mancanza delle stesse, rilevabile anche d'ufficio in qualunque stato e grado del processo, impone al giudice l'adozione di una pronuncia di mero rito con la quale dichiarare la carenza d'azione. La sopravvenienza nel corso del processo delle condizioni dell'azione, eventualmente assenti al momento della proposizione della domanda, consente però che la causa venga decisa nel merito.

<sup>62</sup> In questo senso, v. NAZZICONE, *sub art. 2393 bis, cit.*, 206 s. Per la conclusione che non basti a consentire la decisione di merito il fatto che i requisiti legittimanti sussistessero al momento della proposizione della domanda, quando essi siano venuti meno successivamente, v. anche AULETTA, *sub art. 2393 bis, cit.*, 487. s, il quale, traendo tutte conseguenze della ricostruzione del requisito in esame come condizione dell'azione, soggiunge che la titolarità del *quorum* può anche sopravvenire in corso di causa, in quanto non ne sia stata previamente rilevata e dichiarata la mancanza, permettendo così la pronuncia di una sentenza sul merito della causa.

L'opinione secondo cui la titolarità della quota deve persistere sino alla pronuncia della sentenza, costituendo una «condizione dell'azione», era già stata affermata in relazione all'azione sociale di minoranza nelle società quotate *ex art. 129 t.u.f.*, da FRANZONI, *op. cit.*, 327; RISCOSSA, *sub art. 129, in La legge Draghi e le società quotate in borsa*, Torino, 1999, 170; PICCIAU, *op. cit.*, 988 ss.; MEO, *op. cit.*, 17, cit., 191 ss., per il quale è del resto razionale che l'azione non possa sfociare in una pronuncia nel merito quando la minoranza, scendendo sotto la quota minima prevista per l'esercizio dell'azione, dimostri di non essere più in grado di costituire centro di imputazione di interessi rilevanti. *Contra*, v. però CAMPOBASSO, *op. cit.*, 1070, secondo cui non è possibile risolvere il problema in esame solo sulla base di principi processuali di valore oltretutto solo tendenziale ed a cui parere «la postulata necessità della permanenza della titolarità del cinque per cento delle azioni fino alla chiusura del giudizio non solo non trova alcun conforto nella lettera e nella *ratio* della norma, ma anzi trova indicazione contraria nella mancata previsione dell'obbligo di deposito delle stesse per il tempo del giudizio».

aversi al momento della proposizione della domanda, restando irrilevante la sua perdita nelle more del procedimento.

In proposito, sembra possibile rilevare come, in tema di impugnazione di delibere assembleari, il legislatore della riforma abbia sentito l'esigenza di precisare, al 2° co. del nuovo art. 2378, che la quota dell'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso nel capitale del rischio e del cinque per cento nelle altre, detenuta dal socio o dai soci impugnanti, deve essere mantenuta per tutto il corso del procedimento. Se ne dovrebbe dunque dedurre, *a contrario*, che, nulla essendo stato stabilito all'art. 2393 bis, per la procedibilità dell'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza non occorre conservare le quote possedute all'inizio. In altri termini, una volta notificato l'atto introduttivo del giudizio, il procedimento continua sino alla pronuncia della sentenza nel merito anche se la percentuale dei soci promotori dell'azione di minoranza scende sotto il limite fissato dal d.lgs. 6/2003.

Del resto, a ritenere diversamente, si correrebbe il rischio che l'assemblea, o gli stessi amministratori, quando gli sia stato conferito *ex art.* 2441 il relativo potere, deliberino ed eseguano aumenti di capitale volti a diluire la quota dei soci di minoranza che abbiano agito in giudizio, paralizzando così l'azione di responsabilità. Inoltre, sempre per bloccare l'azione di responsabilità, uno o più soci promotori potrebbero essere sollecitati a cedere le loro quote in cambio di condizioni per loro vantaggiose. Ma in tal modo il corrispettivo per l'effetto sostanziale di rinuncia o transazione conseguente alla cessione delle partecipazioni al capitale sociale andrebbe a vantaggio dei soci che abbiano ceduto le proprie quote e non, come prescrive il 6° co. dell'art. 2393 bis, a vantaggio della società.

Questi rischi, peraltro, possono essere attenuati ma non scongiurati. Come si dirà più approfonditamente in seguito, la società conserva infatti, ai sensi dell'art. 2393, 5° e 7° co., il potere di rinunciare all'azione o di transigere, a meno che i soci rappresentanti una percentuale del capitale sociale pari a quella necessaria per promuovere l'azione sociale di minoranza si opponga. Ciò comporta che la perdita in corso di causa della quota richiesta per l'esercizio dell'azione *ex art.* 2393 bis, per quanto irrilevante ai fini della prosecuzione del giudizio, possa, in prospettiva, dimostrarsi fatale: nulla impedisce che l'assemblea, grazie alle nuove ripartizioni del capitale sociale venutesi a determinare, deliberi, senza che la minoranza abbia i numeri per impedirlo, la rinuncia o transazione al diritto al risarcimento del danno cagionato dagli amministratori, ponendo così termine all'azione di responsabilità intentata ai sensi dell'art. 2393 bis.

## **2.8. (Segue). ... il rappresentante comune**

Passando al soggetto al quale viene affidata, nell'azione di responsabilità promossa dai soci di minoranza, la rappresentanza processuale, il 4° co. dell'art. 2393 bis richiede, analogamente a quanto era previsto *ex art.* 129 t.u.f., la nomi-

na, a maggioranza del capitale posseduto, di uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti.

Nulla essendo disposto dalla legge relativamente alla procedura di nomina, se non il rispetto del principio di maggioranza, i soci sono liberi di organizzarsi tra loro come meglio credono.

Naturalmente, la nomina di un rappresentante comune è ispirata ad una esigenza di semplificazione, consistente nel raggruppare i soci interessati all'azione di minoranza, che possono essere numerosi.

Pertanto, se l'azione è esercitata da un unico socio, possessore di una percentuale di capitale sociale sufficiente, la nomina di un rappresentante comune sarebbe inutile e quindi non occorre.

Il rappresentante comune, secondo quanto dispone il 4° co. dell'art. 2393 bis utilizzando una formula ampia, ripresa dal 2° co. dell'art. 129 t.u.f., esercita l'azione e compie gli atti conseguenti. Il rappresentante comune pone cioè in atto tutte le attività necessarie per il processo, quali il rilascio della procura al difensore, la risposta all'interrogatorio libero e formale, il deferimento e la prestazione del giuramento decisorio, la proposizione delle impugnazioni, la cura degli atti esecutivi, e via dicendo<sup>63</sup>. È però da ritenere che non possa rinunciare agli atti del giudizio, salvo che i soci gli abbiano espressamente conferito tale potere<sup>64</sup>.

## 2.9. (Segue). ... l'intervento di ulteriori soci

La regola della nomina di un rappresentante comune nell'azione sociale di minoranza pare doversi proiettare sulla questione dell'intervento in causa di soci ulteriori rispetto a quelli che abbiano promosso l'azione.

Infatti, dal momento che l'azione viene esercitata da un rappresentante comune, nominato dai soci di minoranza a maggioranza del capitale posseduto, è da ritenere che l'intervento nel processo (o nel procedimento arbitrale) di ulteriori soci non sia possibile se non in quanto essi siano detentori di una quota di capitale sufficiente a permettergli di proporre autonomamente l'azione di responsabilità e quindi di esprimere un proprio o dei propri rappresentanti comuni per compiere gli atti necessari all'esercizio dell'azione.

In caso contrario, si dovrebbe ritenere o che la nomina del rappresentante comune debba essere deliberata nuovamente, sulla base delle nuove percentuali di capitale detenuto o che i soci intervenienti siano rappresentati dal rappresentante comune già nominato dai soci promotori dell'azione. Ma nella prima ipotesi appare evidente come nuocerebbe gravemente alla speditezza processuale e alla coerenza della linea difensiva mettere in discussione ed eventualmente mutare, nel corso del procedimento, il rappresentante comune. Mentre nella secon-

<sup>63</sup> Così NAZZICONE, *sub* art. 2393 bis, cit., 207.

<sup>64</sup> Sempre NAZZICONE, *op. loc. ult. cit.*

da ipotesi non si riuscirebbe a comprendere a cosa serva l'intervento, dal momento che, nel caso in esame, l'unica utilità capace di spingere ulteriori soci ad intervenire consiste nella possibilità di imporre attraverso un rappresentante comune da loro nominato (o che, quanto meno, abbiano concorso ad esprimere) una determinata condotta processuale. Non si deve infatti dimenticare che, nel modello adottato dal legislatore della riforma, ogni vantaggio dell'azione, ancorché promossa solo da alcuni soci, deve essere riconosciuto esclusivamente alla società. Di conseguenza, per i soci che non abbiano promosso l'azione non c'è la necessità di intervenire per beneficiare dell'azione intentata da altri: poiché i vantaggi dell'azione andranno ad esclusivo beneficio della società, anche i soci non intervenuti beneficeranno, di riflesso, degli effetti della sentenza.

Riguardo poi al discorso da svolgere a proposito dell'intervento dei soci che siano in grado di esprimere una quota sufficiente all'esercizio dell'azione di minoranza, il ragionamento da condurre è analogo a quello in precedenza accennato a proposito dell'intervento dei soci di minoranza nell'azione promossa direttamente dalla società.

Per quanto, a rigore, gli ulteriori soci intervenienti non possano considerarsi terzi rispetto alle parti originarie del giudizio, condividendo con i soci promotori la qualità di sostituti processuali della società, la loro posizione deve ritenersi assimilabile a quella dei soggetti intervenienti in via adesiva autonoma o in via adesiva dipendente, ai sensi, rispettivamente, del 1° o del 2° co. dell'art. 105 c.p.c.

In particolare, la natura adesiva autonoma o adesiva dipendente dell'intervento discenderà dalla circostanza che siano state proposte nuove domande o che si sia semplicemente chiesto l'accoglimento delle conclusioni di una delle parti.

Nel primo caso, varranno gli stringenti limiti preclusivi ora dettati, nei confronti degli intervenienti adesivi autonomi, dall'art. 14, d.lgs. 5/2003<sup>65</sup>, in base al quale l'intervento non può aver luogo oltre il termine previsto per la notifica da parte del convenuto della comparsa di risposta.

Nell'altro caso, invece, si applicherà l'art. 15, d.lgs. 5/2003, secondo cui colui che, avendovi interesse, vuole sostenere le ragioni di alcuna delle parti, può intervenire fino al deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza, ma non può compiere atti che, al momento dell'intervento, non siano più consentiti alle parti originarie (a meno che non deduca dolo o collusione delle parti in suo danno, nel qual caso il giudice, ove ritenga fondata la deduzione, lo rimette in termini). Relativamente all'art. 15, d.lgs. n. 5/2003, è inoltre importante ricordare che il suo 2° co., innovando rispetto al passato<sup>66</sup>, riconosce espressamente

---

<sup>65</sup> Nel senso che, nell'azione sociale di minoranza, i soci «non si possono immaginare anche in veste di intervenienti adesivi autonomi», e che quindi l'art. 14, d.lgs. n. 5/2003 non si applica, v., al contrario, AULETTA, *op. cit.*, 487.

<sup>66</sup> La giurisprudenza ha costantemente ritenuto che l'interventore adesivo dipendente *ex art.* 105, 2° co., c.p.c. non è legittimato, come tale, a proporre autonoma impugnazione contro la sentenza sfavorevole alla parte da lui adjuvata, ma può solo aderire all'impugnazione di quest'ultima o impugnare

a chi sia intervenuto a titolo adesivo dipendente il potere autonomo di impugnare la sentenza anche quando la parte adiuvata non vi provveda.

## 2.10. (Segue). ... e la chiamata in causa della società

Sempre per quanto riguarda l'azione di responsabilità promossa dai soci di minoranza, il 3° co. dell'art. 2393 bis prescrive inoltre, al pari di quanto imponeva l'art. 129 t.u.f., che l'atto di citazione sia notificato alla società.

Dunque, oltre agli amministratori, legittimati passivi dell'azione di responsabilità, anche la società è chiamata in giudizio ed assume la qualità di parte.

Più in particolare, è da ritenere che, in virtù dell'espressa previsione legislativa, la società rivesta la qualità di litisconsorte necessario nel giudizio promosso dalla minoranza. Ciò comporta che in caso di omessa regolare notificazione nei confronti della società, il giudice dovrà disporre l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c. Nel nuovo processo introdotto dal d.lgs. 5/2003 questo significa che il giudice dovrà provvedere ai sensi dell'8° co. dell'art. 12, fissando un termine non inferiore a trenta giorni perché la parte più diligente provveda a notificare al litisconsorte pretermesso, e cioè alla società, tutti gli scritti difensivi già scambiati tra le parti. In mancanza di tale notificazione, il giudizio si estinguerà ai sensi degli artt. 102 e 307, 3° co., c.p.c. Qualora invece almeno una delle parti ottemperi all'ordine del giudice, il procedimento, già approdato alla fase dinanzi al giudice, dovrà regredire alla fase preparatoria, così da consentire alla società di partecipare alle attività da cui era stata originariamente esclusa<sup>67</sup>.

Sulle modalità dell'instaurazione del contraddittorio nei confronti della società, non ben comprensibile è il motivo che ha indotto il legislatore a riprodurre, traendola dall'art. 129 t.u.f., dove aveva destato perplessità<sup>68</sup>, la norma che impone di notificare la citazione alla società non solo in persona del suo legale rappresentante ma «anche in persona del presidente del collegio sindacale».

Una interpretazione possibile è che questa notificazione abbia la funzione di informare il presidente del sospetto di irregolarità nella gestione, «con l'evidente fine di stimolare il collegio a specifici, ed eventualmente ulteriori, controlli sull'operato degli amministratori»<sup>69</sup>.

congiuntamente ad essa: v., tra le molte, Cass., 23 ottobre 2001, n. 13000, in *Mass. Foro it.*, 2001, 1053, e in *Giust. civ.*, 2002, I, 2230; Cass., 1° ottobre 1999, n. 10894, in *Mass. Foro it.*, 1999, 1089; Cass., 16 ottobre 1998, n. 10237, in *Mass. Foro it.*, 1998, 1065; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10252, in *Mass. Foro it.*, 1997, 1021.

<sup>67</sup> Probabilmente per evitare un eccessivo appesantimento della procedura, il legislatore della riforma ha peraltro previsto che la riapertura della fase preparatoria sia solo parziale, in quanto, secondo l'art. 12, d.lgs. 5/2003, il litisconsorte pretermesso avrà diritto a notificare una sola memoria difensiva, soggetta alla replica delle parti originarie, a cui potrà controreplicare solo su autorizzazione del presidente del tribunale.

<sup>68</sup> Su cui v. PICCIAU, *op. cit.*, 1003 ss.

<sup>69</sup> SALAFIA, *op. cit.*, 1469 s.

Un'altra interpretazione è che l'atto vada notificato al presidente del collegio sindacale in quanto a quest'ultimo la legge implicitamente riconosce la rappresentanza della società nel giudizio di responsabilità<sup>70</sup>.

In tal modo si risolverebbe il problema dato dal fatto che, come si è a suo luogo avvertito, i legali rappresentanti della società si identificano con gli amministratori, che a loro volta sono normalmente i destinatari dell'azione di responsabilità e dunque in posizione di conflitto di interessi rispetto alla rappresentanza della società nel relativo giudizio<sup>71</sup>.

Ma il problema appena esposto potrebbe essere risolto pure applicando il 2° co. dell'art. 78 c.p.c., sulla nomina, *ex artt.* 79 e 80 c.p.c., di un curatore speciale per il processo quando vi sia un conflitto di interessi tra il rappresentante e il rappresentato.

Nel dubbio, potrebbe affermarsi la prassi di nominare curatore speciale proprio il presidente del collegio sindacale.

In ogni caso, il rappresentante processuale della società, sia esso il presidente del collegio sindacale o un altro soggetto, dovrà decidere con chi schierarsi.

Deve infatti ritenersi che la società rivesta una posizione a sé, che, a seconda del caso concreto, potrà coincidere con quella degli amministratori resistenti o dei soci di minoranza attori<sup>72</sup>.

In proposito occorre osservare che, in linea di principio, la società non appare controinteressata all'azione, bensì portatrice dell'interesse del risarcimento del danno cagionato dagli amministratori convenuti, tanto più che i soci di minoranza agiscono quali sostituti processuali della società e che quest'ultima è la diretta destinataria di ogni vantaggio derivante dalla causa di responsabilità.

---

<sup>70</sup> Tale lettura della norma è prospettata da NAZZICONE, *sub art.* 2393 bis, cit., 207, che però la respinge sull'assunto che sarebbe strano introdurre una deroga ai normali poteri di rappresentanza «nell'ambito di una disposizione, tutto sommato, marginale e di rara applicazione».

Per AULETTA, *sub art.* 2393 bis, cit., 489 s., invece, il presidente del collegio sindacale deve considerarsi destinatario dell'atto di citazione al posto del rappresentante organico e suo sostituto nelle vesti di rappresentante processuale della società «nella misura in cui (e sotto condizione che) il rappresentante della società sia (proprio) uno dei soggetti contro i quali è rivolta l'azione della minoranza». Ciò sarebbe previsto nella prospettiva di favorire la minoranza tramite «l'agevolazione di evitarle l'onere del sub-procedimento di nomina del curatore speciale a norma dell'art. 78, 2° co., c.p.c.».

<sup>71</sup> Tuttavia, se tra i destinatari dell'azione di responsabilità vi fosse proprio il presidente del collegio sindacale, il conflitto di interessi sorgerebbe comunque. Logicamente, quindi, FAUGLIA, *op. cit.*, 703, dopo aver affermato, in relazione all'art. 129 t.u.f., che «l'atto di citazione deve essere notificato al presidente del collegio sindacale», ha però soggiunto che «qualora l'azione risulti esperita anche contro i sindaci, gli azionisti di minoranza dovranno ottenere dal tribunale la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c.».

<sup>72</sup> Nel senso che la società potrà in concreto assumere posizione conforme o contraria a quella dei soci di minoranza, v. NAZZICONE, *sub art.* 2393 bis, cit., 208.

Per la medesima conclusione, con riferimento all'azione sociale di minoranza nelle società quotate, si erano in precedenza espressi MEO, *op. cit.*, 194 s.; CAMPOBASSO, *op. cit.*, 1072.

Questo non vuol però dire che la posizione della società debba essere necessariamente conforme a quella espressa dai soci di minoranza e che quindi la società non abbia altra scelta se non quella di domandare il risarcimento del danno, magari sotto altri profili, esercitando l'azione sociale ordinaria di cui all'art. 2393 nel contesto del procedimento promosso dalla minoranza *ex art. 2393 bis*<sup>73</sup>.

È infatti possibile che la società giudichi infondata l'azione promossa dalla minoranza.

In tal caso, la società affiancherà la sua posizione a quella dei resistenti, resistendo anch'essa<sup>74</sup> o decidendo di non partecipare al procedimento, se ad esempio ritenga soddisfacente la difesa espletata dagli amministratori.

## 2.11. Le spese processuali

Tanto nell'azione sociale ordinaria come nell'azione di minoranza, le spese processuali seguono la soccombenza, salva la possibilità di compensazione per giusti motivi o in caso di accoglimento solo parziale delle domande, secondo la regola generale dettata dall'art. 91 c.p.c.

Ciò significa che la parte attrice, incarnata o dalla società o dai soci rappresentativi di una quota minoritaria del capitale sociale, anticipa quanto necessario per l'esercizio dell'azione per poi recuperare gli esborsi in caso di vittoria nella causa.

Non è tuttavia scontato che prevalere in sede giudiziale comporti il recupero delle somme anticipate. Come si è già accennato, il giudice può compensare le spese e comunque la parte soccombente può non essere solvibile. Il che potrebbe avvenire di frequente, se si considera che oltre alle spese processuali gli amministratori condannati dovranno pagare alla società somme di solito molto ingenti a titolo di risarcimento dei danni da questa subiti.

D'altra parte, tenuto presente che la società è l'unica destinataria dei vantaggi dell'azione, anche se promossa dai soci di minoranza, non si poteva con-

---

<sup>73</sup> È dubbio se in questo caso occorra la deliberazione dell'assemblea che autorizzi la società, sulla falsariga del 1° co. dell'art. 2393, a far valere la domanda risarcitoria nei confronti degli amministratori.

L'opinione negativa pare preferibile, dal momento che la legge richiede l'autorizzazione dell'assemblea per «promuovere» l'azione, ma nell'ipotesi in esame, a ben vedere, l'azione è stata già promossa: è stata promossa dalla minoranza. Diversamente, con riferimento all'azione di minoranza ai sensi dell'art. 129 t.u.f., in relazione alla quale si era posto il medesimo problema, secondo MEO, *op. cit.*, 197, «la società può costituirsi per domandare a sua volta l'accoglimento della domanda ovvero far valere altri addebiti e quindi altri titoli di danno nonché altri danni diversi che quelli allegati dagli attori», ma se la delibera autorizzativa dell'assemblea non dovesse intervenire «il processo si reggerà sull'impulso della sola minoranza attrice».

<sup>74</sup> Per la possibilità che la società assuma «posizioni di antagonismo rispetto agli attori», v. anche AULETTA, *op. cit.*, 490.

sentire che essa incamerasse i benefici dell'azione promossa da altri e che, contemporaneamente, questi ultimi scontassero il rischio di non poter aver indietro le spese affrontate.

Il legislatore della riforma ha così dettato il 5° co. dell'art. 2393 bis, secondo cui, sulla falsariga di quanto disponeva l'art. 129 t.u.f., in caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito dell'escussione degli amministratori<sup>75</sup>.

Dunque, la società è obbligata a rimborsare le spese sostenute dai soci che abbiano promosso l'azione, ma il diritto di rivalsa sussiste soltanto quando le spese risultino maggiori rispetto a quelle poste a carico dei soccombenti, e previa escussione del patrimonio degli amministratori risultati soccombenti in giudizio.

In pratica, sarà buona norma che i soci promotori dell'azione, al fine di munirsi di un titolo esecutivo anche nei confronti della società, utile sia per iscrivere ipoteca giudiziale sia per poter agire in via esecutiva senza ulteriori indugi, non dimentichino di chiedere al giudice la condanna della società al pagamento tanto delle spese a cui non siano stati condannati gli amministratori convenuti quanto, subordinatamente alla loro infruttuosa escussione, al pagamento delle spese delle quali sia risultato impossibile ottenere il rimborso<sup>76</sup>.

Infine occorre soffermarsi sulla circostanza che l'art. 2393 bis, 5° co., si differenzia dalla precedente previsione dell'art. 129 t.u.f. per l'espresso inserimento, fra le spese rimborsabili ai soci promotori dell'azione di responsabilità, delle spese «sopportate nell'accertamento dei fatti».

Più che alle spese per l'espletamento di consulenze tecniche di parte, che la giurisprudenza già ritiene ripetibili per legge, ai sensi dell'art. 91 c.p.c.<sup>77</sup>, sembrerebbe che in detto modo il legislatore della riforma abbia inteso riferirsi alle indagini svolte anteriormente al processo per raccogliere elementi utili all'azione<sup>78</sup>. Se tale lettura è corretta, l'innovazione appare di una certa impor-

---

<sup>75</sup> La regola secondo cui, in caso di vittoria processuale, la società deve tenere indenne dalle spese i soci che abbiano agito in sua sostituzione, ed in particolare deve tenerli indenni dal pagamento delle spese relative agli onorari dei difensori, vale anche nell'ordinamento statunitense, dove in linea generale opera il principio in base a cui ogni parte del giudizio si accolla i rispettivi esborsi. Ciò nella convinzione che la pedissequa applicazione del principio generale condurrebbe, in un contesto dove la società è l'unica beneficiaria diretta dell'eventuale reintegrazione patrimoniale, a risultati iniqui, tali da scoraggiare azionisti meritevoli di tutela dall'esercitare l'azione: così BALP, *op. cit.*, 1074.

<sup>76</sup> Nel senso che il beneficio di preventiva escussione degli amministratori non impedisca la condanna della società all'esito del giudizio di cognizione, come avviene in altri casi in cui è previsto un beneficio analogo (ad esempio nell'ipotesi di cui all'art. 2304), v. NAZZICONE, *op. loc. cit.*

<sup>77</sup> Cass. 16 giugno 1990, n. 6056, in *Mass. Foro it.*, 1990, 734 s.

<sup>78</sup> Per NAZZICONE, *sub art.* 2393 bis, cit., 209, il significato della norma starebbe, invece, essenzialmente nel fatto di impedire al giudice di ritenere, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale prevalente, non rimborsabili le spese di consulenza tecnica di parte.

tanza: non trattandosi di spese processuali in senso stretto, in mancanza della loro menzione al novellato 5° co. dell'art. 2395, questi costi di indagine sopportati dalla parte attrice, che possono essere particolarmente elevati, non sarebbero ripetibili *ex artt.* 91 e 92 c.p.c.

### 3. Rinunce e transazioni

#### 3.1. Il potere di rinunciare e transigere dell'assemblea: il diritto di veto di minoranze qualificate

Si giunge così al 5° co. dell'art. 2393 (valido, in virtù del richiamo operato dal 7° co. dell'art. 2393 bis, anche quando l'azione sia stata promossa dai soci di minoranza)<sup>79</sup>, secondo cui l'assemblea ordinaria può deliberare la rinuncia all'esercizio o la transazione dell'azione esercitata nei confronti di uno o più amministratori<sup>80</sup>.

Questa disciplina impone una serie di riflessioni.

In primo luogo, se l'amministratore contro il quale sia stata esercitata l'azione è anche socio, si pone il problema del conflitto di interessi, che può sorgere nel caso della sua partecipazione al voto relativo alla rinuncia o transazione. Come è ovvio, tale questione, riconducibile alla previsione di cui al 3° co. dell'art. 2373, va affrontata e risolta nei medesimi termini utilizzati relativamente alla partecipazione al voto del socio amministratore quando l'assemblea sia chiamata ad autorizzare l'esercizio dell'azione<sup>81</sup>.

Bisogna poi ricordare che la delibera di autorizzazione alla rinuncia o transazione, come precisa il 5° co. dell'art. 2393, confermando la precedente disciplina, deve essere «espressa»<sup>82</sup>.

La rinuncia o transazione non può pertanto essere ritenuta implicita in deliberazioni di altro contenuto, quale la delibera di approvazione del bilancio, che, come l'art. 2343 chiarisce, non implica liberazione degli amministratori, dei direttori generali e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale.

---

<sup>79</sup> È appena il caso di rilevare che in quest'ultimo caso il potere di rinuncia da parte della società, su autorizzazione dell'assemblea, appare coerente con il fatto che è la società ad essere la destinataria dei benefici dell'azione, per quanto essa sia promossa dalla minoranza.

<sup>80</sup> Sull'argomento, cfr., in generale, per quanto riguarda il regime previgente nelle società non quotate, BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità*, Padova, 1992.

<sup>81</sup> Correttamente, dunque, Trib. Bologna, 15 settembre 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 829, e in *Giur. comm.*, 1994, II, 116, con nota di ENRIQUES, ricorda che il divieto, per gli amministratori, di votare nelle deliberazioni assembleari riguardanti la loro responsabilità si applica anche alle deliberazioni di revoca dell'azione già promossa.

<sup>82</sup> Sull'opportunità di una interpretazione «non formale» del requisito in esame, da cui viene fatta discendere l'inammissibilità di deliberazioni implicite, generiche o aventi ad oggetto diritti non determinati, cfr. BENAZZO, *op. cit.*, 247 ss.

La necessità del contenuto «espresso» della delibera rafforza inoltre la convinzione che le rinunce o transazioni possano considerarsi valide ed efficaci solo se sufficientemente specifiche. Ciò comporta, in particolare, che una generica delibera di «manleva» per l'attività svolta dagli amministratori, eventualmente rilasciata dall'assemblea al momento della cessazione di questi ultimi dalla carica, non possa essere valutata come rinuncia all'azione sociale di responsabilità<sup>83</sup>. Né appare consentito che la rinuncia all'azione possa validamente operare prima che il danno si sia verificato e sia quindi sorta la possibilità di agire per il suo risarcimento. Ciò non tanto perché sia difficile descrivere in via preventiva gli elementi identificativi del diritto a cui, in ipotesi, si rinunciarebbe<sup>84</sup>, quanto perché, nel caso in esame, vi sarebbe carenza dello stesso oggetto della rinuncia.

Né si può trascurare che, qualora manchi una valida autorizzazione assembleare, la disposizione del diritto operata dalla società tramite il proprio legale rappresentante deve considerarsi nulla<sup>85</sup>.

Il punto cruciale della disciplina della rinuncia o transazione è ad ogni modo costituito dal fatto che l'atto dispositivo può essere impedito, come specifica il 5° co. dell'art. 2393, dal voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Nel senso che, al fine di attribuire efficacia dispositiva liberatoria e di rinuncia all'azione sociale di responsabilità occorra la specifica e concreta determinazione degli episodi di amministrazione integranti l'eventuale pretesa risarcitoria, v. Trib. Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, 326, con nota di TINA. Per l'insufficienza di una generica ratifica dell'operato degli amministratori a costituire valida ed efficace rinuncia all'azione di responsabilità sociale, v. anche Trib. Termini Imerese, 28 gennaio 1993, *Soc.*, 1993, 1069, con nota di BENAZZO, e in *Banca borsa*, 1993, II, 571; Trib. Milano, 2 settembre 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, 855, con nota di MONTIRONI.

<sup>84</sup> E infatti non è mancato chi ha ritenuto ammissibile la preventiva rinuncia all'azione di responsabilità contro gli amministratori purché la relativa delibera assembleare si riferisca a specifiche vicende gestionali dettagliatamente descritte nel contesto dell'atto: v., in questo senso, Trib. Milano, 16 gennaio 1995, in *Gius.*, 1995, 3752.

<sup>85</sup> Per l'opinione che la rinuncia o la transazione effettuata dal legale rappresentante della società senza la preventiva delibera assembleare autorizzativa 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, v. Cass., 1° ottobre 1999, n. 10869, in *Mass. Foro it.*, 1999, 1086, in *Soc.*, 2000, 432, con nota di DELUCCHI, in *Dir. prat. soc.*, 2000, n. 9, 58, con nota di GURRADO; Cass., 22 marzo 1983, n. 2012, in *Foro it.*, 1983, I, 2171. Sulla rinuncia o transazione concluse in assenza della previa deliberazione assembleare, nonché sui problemi dell'invalidità di quest'ultima e sugli effetti che ciò esplica sul successivo negozio dispositivo posto in essere dai rappresentanti della società, cfr. inoltre, per una approfondita analisi, alla quale si rinvia, BENAZZO, *op. cit.*, Padova, 1992, 220 ss., e 337 ss.

<sup>86</sup> Quest'ultima previsione era già contenuta nell'art. 129 t.u.f. con riferimento all'azione di responsabilità nelle società quotate da parte della minoranza e nell'art. 2393, vecchio testo, per le altre società.

La *ratio* è evidentemente quella di riconoscere il diritto di veto ai possessori di una percentuale del capitale sociale pari a quella richiesta per promuovere l'azione sociale di minoranza.

Coerentemente rispetto a tale impostazione, la seconda parte del 5° co. dell'art. 2393 dispone che se lo statuto della società prevede per l'esercizio dell'azione di minoranza percentuali diverse da quelle legali, la percentuale del capitale sociale capace di impedire rinunce e transazioni sarà anch'essa ricollegata a quanto statutariamente stabilito, ai sensi del 1° o 2° co. dell'art. 2393 bis, per l'esercizio dell'azione di responsabilità.

La perfetta corrispondenza tra le quote necessarie per promuovere l'azione sociale di minoranza e le quote sufficienti a impedire la rinuncia o transazione da parte della società, sdrammatizza il problema degli effetti della deliberazione della maggioranza assembleare sull'azione *ex art.* 2393 bis. Se infatti è vero che l'assemblea può disporre del diritto della società al risarcimento del danno vantato nei confronti degli amministratori e può così frustrare l'intenzione dei soci di minoranza di agire in giudizio quali sostituti processuali della società o di proseguire nell'azione di responsabilità già intentata<sup>87</sup>, è altresì vero che la minoranza può a sua volta bloccare questa manovra votando in senso contrario rispetto agli atti di rinuncia o transazione.

Sempre grazie alla corrispondenza tra le quote necessarie per promuovere l'azione di minoranza e le quote sufficienti a impedire la rinuncia o transazione, perde anche di importanza la questione relativa agli effetti della dissoluzione in corso di causa della quota richiesta per l'esercizio dell'azione *ex art.* 2393 bis. Riguardo a ciò sembra sufficiente osservare che, per quanto appaia corretto sostenere la tesi dell'irrelevanza ai fini della prosecuzione del giudizio del mantenimento delle quote richieste per l'esercizio dell'azione, non bisogna dimenticare che l'assemblea può in ogni momento rinunciare o transigere, salvo il potere di veto dei possessori di quote tali da consentire l'esercizio dell'azione di minoranza. Pertanto, qualora la percentuale del capitale sociale rappresentato dai soci promotori si sia assottigliata, l'assemblea è libera, sulla base delle nuove riparti-

---

<sup>87</sup> Tale conclusione (discendente in via interpretativa dal presupposto secondo cui i soci di minoranza agiscono facendo valere un diritto altrui, e precisamente un diritto della società, il cui esercizio diventa impossibile nel momento in cui esso sia venuto meno a causa della rinuncia o della transazione operata dalla società, che ne è il titolare) non vale, a mente dell'art. 2409 decies, per il modello dualistico.

In proposito occorre ricordare che, in virtù dell'espressa previsione contenuta nell'ult. co. dell'art. 2409 decies (e in deroga alla regola generale ricavabile dai principi), la rinuncia all'azione da parte della società o del consiglio di sorveglianza non impedisce l'esercizio dell'azione prevista dall'art. 2393 bis. Ciò rende il sistema dualistico più «garantista» verso le minoranze di quanto non lo sia il modello tradizionale: sul punto basti osservare che, ai sensi dell'art. 2409 decies, la minoranza conserva sempre il potere di azione contro gli amministratori, anche se, ovviamente, dalle somme richieste come risarcimento per il danno subito dalla società andranno detratte, per evitare la duplicazione delle poste risarcitorie, quelle che la società abbia eventualmente già ottenuto grazie alla transazione in precedenza conclusa dal consiglio di sorveglianza.

zioni del capitale sociale, di deliberare la rinuncia o transazione, e attraverso questa via porre termine al procedimento intentato ai sensi dell'art. 2393 bis, senza che la minoranza a suo tempo promotrice dell'azione di responsabilità abbia la consistenza numerica per impedirlo.

### 3.2. (Segue). ... e i rischi per l'azione promossa dall'amministratore giudiziario

Nell'ambito di una regolamentazione che, come si è visto, può considerarsi tutto sommato equilibrata, desta invece qualche perplessità<sup>88</sup> il rapporto tra la disciplina delle rinunce e transazioni e il 5° co. dell'art. 2409, in forza del quale l'azione di responsabilità può essere proposta pure dall'amministratore giudiziario nominato in sostituzione degli amministratori contro cui sia stato esperito il procedimento per denuncia di gravi irregolarità nella gestione.

Il testo introdotto dal d.lgs. 6/2003 ha infatti precisato, nella linea di un preesistente orientamento giurisprudenziale<sup>89</sup>, che l'azione di responsabilità proposta dall'amministratore giudiziario può formare oggetto di rinuncia o di transazione deliberata nelle forme e nei modi dell'art. 2393, ult. co. La società può dunque rinunciare all'esercizio dell'azione e può transigere, sempre che la rinuncia e la transazione siano approvate dall'assemblea e non vi sia il voto contrario di una minoranza rappresentativa di almeno un quinto o, nelle società «aperte», di almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero di una minoranza rappresentativa della quota statutariamente prevista per proporre l'azione sociale di responsabilità.

Senonché, nelle società «chiuse», dove la percentuale del capitale sociale necessaria per impedire la rinuncia o transazione è pari al doppio (un quinto anziché un decimo) di quella necessaria per introdurre il procedimento di cui all'art. 2409, appare piuttosto incongruo consentire ai soci rappresentanti il dieci per cento del capitale sociale di attivare la denuncia quando poi per conservare gli effetti più significativi derivati da tale denuncia e della conseguente amministrazione giudiziaria occorre la rappresentanza del venti per cento del capitale sociale<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Espressa in termini simili anche nel mio commento *sub* art. 2409, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, par. 5.1.

<sup>89</sup> Per l'affermazione che l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di una società di capitali, promossa dall'amministratore giudiziario, non si sottrae alla successiva facoltà assembleare di rinuncia e transazione, v. Trib. Milano, 11 giugno 1998, in *Giur. it.*, 1998, 2344.

<sup>90</sup> In senso critico, cfr. anche MAINETTI, *sub* art. 2409 c.c., in questo Commentario, par. 9.1, e, nel regime *ante* riforma, WEIGMANN, in nota a Trib. Milano, 11 giugno 1998, in *Giur. it.*, 1998, 2344 s., dove aveva inutilmente esortato il legislatore della riforma che sarebbe stata in seguito realizzata ad uniformare su una stessa aliquota del capitale sociale alcuni diritti delle minoranze, dalla «denuncia al tribunale, alla facoltà di vietare una rinuncia o una transazione dell'azione sociale di responsabilità».

Né aspetti criticabili mancano nelle società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio, per quanto la percentuale per impedire la rinuncia o transazione sia pari a quella chiesta per proporre la denuncia (un ventesimo del capitale sociale). Basti tenere presente che nelle società «aperte» la denuncia può essere proposta pure dal pubblico ministero, eventualmente su segnalazione di soci detentori di quote inferiori al cinque per cento, ma per salvaguardare i risultati ultimi della procedura occorre, successivamente, l'opposizione alla rinuncia o transazione, deliberata dall'assemblea, da parte dei soci rappresentanti almeno un ventesimo del capitale.

Insomma, a prescindere dal possibile depotenziamento dell'opera del pubblico ministero, il legislatore non ha previsto che il veto alla rinuncia o transazione dell'azione di responsabilità sociale possa essere opposto dalla medesima minoranza sufficiente a proporre la denuncia, ossia il dieci per cento del capitale sociale, o la minore percentuale prevista dallo statuto. Pertanto, come si è notato, le società che vogliono fornire una più apprezzabile tutela alle minoranze dovranno, per impedire alla maggioranza di vanificare l'azione di responsabilità sociale esercitata dall'amministratore giudiziario, almeno equiparare la percentuale prevista per l'esercizio dell'azione sociale (e correlativamente prevista per impedire rinunce e transazioni) a quella legittimante alla denuncia al tribunale, ai sensi dell'art. 2409<sup>91</sup>. E qualora ciò non sia stato fatto, è lecito pensare che, ai sensi del 4° co. del nuovo art. 92 disp. att., il giudice possa conferire all'amministratore giudiziario il potere assembleare, da ratificare con l'approvazione del tribunale, di modificare lo statuto riducendo le percentuali necessarie per bloccare rinunce e transazioni<sup>92</sup>.

### **3.3. Il potere di rinunciare e transigere dei soci che hanno agito: il vantaggio esclusivo per la società**

Pure i soci di minoranza che abbiano agito *ex art. 2393 bis* possono rinunciare all'azione o transigerla, ma in questo caso, ai sensi del 6° co. dell'articolo appena menzionato, ogni corrispettivo pattuito a tale effetto «deve andare a vantaggio della società».

L'eventuale ricavato va dunque a beneficio della società anche se ottenuto stragiudizialmente, con una rinuncia o transazione.

La previsione appare coerente con l'idea sottesa alla disciplina dell'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza, secondo cui i soci agiscono quali sostituti processuali della società e cioè in nome proprio ma nell'interesse di tutta la società, della quale viene fatto valere il diritto al risarcimento del danno cagionato dagli amministratori.

<sup>91</sup> Così, NAZZICONE, *sub art. 2393*, cit., 201.

<sup>92</sup> Lo propone NAZZICONE, *sub art. 2393 bis*, cit., 211.

Ma proprio perché nessun beneficio diretto viene ai soci che hanno concluso il negozio di rinuncia o transazione, sarebbe ingiusto che essi subissero l'impoverimento dovuto al fatto di aver perso la possibilità di essere rimborsati *ex artt.* 91 e 92 c.p.c. dei costi affrontati per spiegare l'azione. In applicazione analogica del 5° co. dell'art. 2393 bis, dai corrispettivi da versare a vantaggio della società dovranno pertanto essere detratte le spese di giudizio e per l'accertamento dei fatti relativi all'azione rinunciata o transatta, che altrimenti andrebbero ad arricchire indebitamente la società.

Inoltre, poiché ai soci di minoranza deve riconoscersi la qualità di meri sostituti processuali, la loro rinuncia o transazione non potrà vincolare la società, che resta sempre libera di agire per il danno non coperto dal vantaggio ricevuto<sup>93</sup>.

Più in generale ed al di là dei singoli profili operativi, quel che sembra interessante è però osservare che la scelta legislativa di aver attribuito esclusivamente alla società i vantaggi diretti dell'azione, già adottata per l'art. 129 t.u.f.<sup>94</sup>, pare destinata a scoraggiare i soci di minoranza dall'esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, tanto più che il patrimonio di questi ultimi può risultare non di rado insufficiente a risarcire i danni, spesso ingenti, cagionati.

Di sicuro, la circostanza che i benefici dell'azione si producano anche sulla maggioranza, che ha espresso gli amministratori e che andrebbe quindi, semmai, sanzionata, non rappresenta un incentivo a che i soci di minoranza si attivino<sup>95</sup>.

Ci si può allora chiedere se il legislatore delegato fosse obbligato a seguire la linea scelta o se fosse libero di prevedere soluzioni alternative, quale quella di attribuire i risultati dell'azione solo ai soci promotori della stessa o comunque di riconoscergli un «premio».

In proposito, si deve ricordare che, come si è detto in precedenza, l'art. 4, 2° co., lett. a), n. 2), l. 366/2001, imponendo, quanto meno per le società «aperte», il riconoscimento dell'istituto dell'azione sociale esercitata dalla minoranza, si è altresì preoccupato che la minoranza legittimata fosse «rappresentativa di una quota congrua del capitale sociale», tale da evitare «l'insorgenza di una eccessiva conflittualità tra i soci».

---

<sup>93</sup> Nel senso che la società possa rifiutare gli effetti della rinuncia o transazione, dal momento che non può riconoscersi al sostituto processuale il potere di disporre negozialmente di un diritto non suo, v. SALAFIA, *op. cit.*, 1470.

<sup>94</sup> Dove peraltro non esisteva una disposizione analoga a quella di cui al 6° co. dell'art. 2393, che è stata introdotta per motivi di ordine pratico, volendosi consentire che anche le soluzioni stragiudiziali vadano a vantaggio della società e nel contempo impedire ai soci di minoranza di ricavare, rinunciando all'azione o transigendo, un diretto vantaggio dalla loro posizione di sostituti processuali.

<sup>95</sup> Così NAZZICONE, *sub art.* 2393 bis, cit., 205, secondo cui, peraltro, riconoscere ai soli soci precedenti il risarcimento dei danni cagionati dagli amministratori alla società sarebbe improponibile, perché comporterebbe un inammissibile superamento del principio della personalità giuridica, riconosciuta in capo alla società per azioni.

Il legislatore delegato ha ritenuto che costituiscono minoranze adeguate quelle rappresentative di almeno il venti per cento del capitale sociale (o il cinque per cento nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) e che in questo modo fosse scongiurata l'insorgenza di una eccessiva conflittualità tra i soci.

Ma, non sufficientemente soddisfatto, il legislatore delegato ha posto la preoccupazione di scongiurare una eccessiva conflittualità tra i soci alla base anche della previsione dettata dal 6° co. dell'art. 2393, secondo cui ogni beneficio ottenuto dai soci spetta alla società<sup>96</sup>.

Il d.lgs. 6/2003 ha così perseguito, con forza raddoppiata, la finalità indicata dalla l. 366/2002, senonché pare aver utilizzato mezzi ulteriori rispetto a quelli indicati dalla delega. La legge delega, infatti, non prevedeva nulla sulla ripartizione dei vantaggi, limitandosi ad imporre che l'insorgenza di una eccessiva conflittualità tra i soci fosse evitata in questo modo: fissando alla minoranza sociale una quota congrua da raggiungere per poter esercitare l'azione di responsabilità.

È pertanto da ritenere che l'impostazione fatta propria dal 6° co. dell'art. 2393, che riconduce alla società ogni utilità conseguita dai soci promotori dell'azione di responsabilità, non fosse necessitata dal dovere di attuare la delega, ma che semmai scaturisca da una opinabile valutazione di opportunità del legislatore delegato. Forse, l'allontanamento dalla concezione secondo cui i soci di minoranza agiscono, nell'azione di responsabilità, quali meri sostituti processuali della società, che si sarebbe potuto realizzare riconoscendo ai soci promotori qualche vantaggio ulteriore rispetto a quelli ottenuti di riflesso, grazie al vantaggio procurato alla società, avrebbe potuto contribuire alla futura affermazione dell'istituto su cui ci si è soffermati. Una preoccupazione del genere non sarebbe stata superflua. Non depone infatti favorevolmente lo scarso successo riscontrato dall'azione di minoranza nel campo delle società quotate, dove era disciplinata, in forme analoghe a quelle poi adottate nell'art. 2393 bis, dall'art. 129 t.u.f.

---

<sup>96</sup> Nel senso che tanto le soglie del venti o del cinque per cento del capitale sociale quanto la regola della spettanza alla società dei vantaggi conseguiti esercitando l'azione sociale siano previsioni tese ad evitare l'eccessiva conflittualità tra i soci, v. la Relazione governativa (parte III, par. 5).