

Principio di maggioranza e tutela del dissenziente
di Maria Barela

estratto da

rivista di
diritto privato

1 anno XXII - gennaio/marzo 2017



CACUCCI
EDITORE

Principio di maggioranza e tutela del dissenziente*

di Maria Barela**

SOMMARIO: 1. Unanimità e maggioranza. Il fondamento del vincolo per il dissenziente: la formazione della volontà comune nell'assemblea ed il metodo collegiale. – 2. Il dissenso manifestato mediante il recesso. – 3. Dissenso ed esclusione del socio. – 4. La tutela del dissenziente attraverso il controllo sulla gestione e i rimedi esperibili.

1. Letteralmente, il dissenziente è colui che sente diversamente, che esprime un punto di vista diverso da quello degli altri ed è colui il cui interesse sarà sacrificato in nome dell'agilità della decisione adottata a maggioranza, quando tale criterio sia scelto, dal legislatore o dai privati, sacrificando la logica del consenso unanime.

Tuttavia, tenuto conto che il nostro sistema di diritto privato ruota intorno all'autonomia negoziale, il principio di maggioranza necessita di una giustificazione logico-giuridica idonea a ricondurre la decisione adottata dalla *maior pars* anche ai dissenzienti, di talché possa essere imputata all'unanimità degli interpellati.

Se è vero, infatti, che esso comporta la 'tirannia' della maggioranza sulla minoranza¹, è anche vero però che il diverso principio dell'unanimità finisce per configurare una violenza dei meno sui più, laddove i dissenzienti impediscano la deliberazione, fino addirittura alla possibilità che l'unico dissenziente paralizzi l'attività del gruppo ed impedisca il raggiungimento di qualsiasi decisione, attraverso lo *ius prohibendi*².

La scelta coerente dell'uno o dell'altro criterio dipende dai canoni ai quali è improntato il sistema giuridico nella cui prospettiva ci si pone: assicurare il massimo ossequio all'autonomia privata significa sacrificare l'agilità decisionale; rompere la

* Queste pagine svolgono temi già accennati in una relazione tenuta a Parma il 7 marzo 2014 in occasione dei *Seminari itineranti* promossi dal Professore Natalino Irti.

** Ricercatore confermato in Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

¹ Sulla limitazione dell'autonomia privata derivante dall'applicazione del principio di maggioranza (teorizzata nel diritto pubblico da H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, p. 290), si veda L. BARASSI, *Il principio maggioritario nel diritto privato*, 1931, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931; Id., *Proprietà e comproprietà*, Milano 1951, p. 811 ss.; P. BONFANTE, *L'azione autonoma del condomino*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1913, II, p. 886.

² L'introduzione del diritto di opposizione nell'amministrazione delle società nel *Code Napoléon* è dovuta al Pothier (*Traité du contrat de société*, Bruxelles, 1831, p. 415). Sul punto, F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, p. 69; A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza*, Napoli, 1955, p. 49.

rigidità del principio di unanimità significa sacrificare la logica del consenso corale e con esso le ragioni della minoranza.

La prima prospettiva consente ed impone la valutazione delle ragioni di tutti i partecipanti senza sacrificare l'interesse di alcuno. La fase della discussione tra i deliberanti acquista un'importanza straordinaria: più laborioso il raggiungimento della decisione, ma certamente più soddisfacente il risultato, in quanto frutto di condivisione.

La risalente finzione giuridica "*quod maior pars facit totum facere videtur*", secondo cui il volere della maggioranza viene equiparato arbitrariamente a quello della totalità, mostra di superare il problema mediante una semplice presunzione³. Nel tentativo di giustificarla, la riflessione intorno al principio ha condotto ad individuare il fondamento del vincolo per tutti gli appartenenti al gruppo, ivi compresi i dissenzienti, nel sorgere di una "volontà unitaria", distinta dalla volontà degli individui e che questa trascende. Ricordiamo, al riguardo, che nelle assemblee medievali, chi dissentiva usciva dal gruppo contrapponendosi ad esso ed il conflitto, al fine, si regolava con le armi⁴.

La costituzione del gruppo in collegio e la conseguente formazione della volontà unitaria svolgono, pertanto, la funzione di eliminare la singolarità delle dichiarazioni di ciascun membro, in una visione antropomorfa del gruppo stesso, cui viene imputata addirittura una "volontà". Anche questa, tuttavia, è una finzione⁵, al pari dell'arbitrario riferimento a tutti della decisione di alcuni soltanto. Anch'essa esige una giustificazione sul piano logico-giuridico.

A voler individuare un riferimento normativo all'atto di autolimitazione dell'autonomia privata, al fine di formare la volontà comune (che sia o meno imputata ad un soggetto diverso, cioè ad una persona giuridica o ad una collettività), il vincolo per il dissenziente potrebbe essere rintracciato in due modelli: quello della determinabilità dell'oggetto della deliberazione da parte del terzo (nel nostro caso, la maggioranza), mediante l'istituto dell'arbitraggio⁶, oppure quello della integrazione del

³ Questo principio trova le sue origini nel periodo intermedio, nelle corporazioni medievali (*universitates*), divenute autonomi centri di imputazione di interessi e caratterizzate da un agire collegiale; allo stesso tempo, nel diritto canonico viene formulato il principio che identifica la *maior pars* con la *sanior pars*, fino a prova contraria. Tale presunzione consente di ricondurre il volere della maggioranza all'unanimità e, al contempo, di far emergere l'incompatibilità sussistente tra il principio di maggioranza e quello di autorità. Si vedano F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, p. 31 ss.; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 29 ss.; ID., voce *Principio di maggioranza*, in *Enc. Dir.*, 1986, p. 547 ss.; E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Adelphi, 1976, p. 56 ss.

⁴ O. VON GIERKE, *Sulla storia del principio di maggioranza*, in *Riv. soc.*, 1961, p. 1103.

⁵ Prima di giungere al concetto di persona giuridica, si parla di "persona ficta" (VON GIERKE, *op. cit.*, p. 1114). In argomento, *ex multis*, F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, cit., p. 4 ss.; P. TRIMARCHI, *Invaldità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 19; R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 37.

⁶ Si veda P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2006, p. 257 ss.

contratto da parte della legge, *ex art.* 1374 c.c., dove non vi è corrispondenza tra contenuto dell'atto e contenuto degli effetti.

Una volontà comune distinta da quella dei singoli non presuppone necessariamente la presenza di una persona giuridica, purché vi sia un gruppo organizzato (società di persone, comunione, condominio, assemblea dei creditori, collegio giudicante, impresa familiare), il cui funzionamento interno sia per l'appunto assicurato dal principio in questione⁷. Anche in questo caso la giustificazione della decisione adottata con il solo consenso della *maior pars* è collegata all'adozione del metodo assembleare. All'interno del gruppo si formerà una volontà che è bensì comune, ma non di un soggetto diverso: le plurime dichiarazioni volte a costituire l'atto collettivo, pur sommandosi, restano distinte e riferibili alle singole volontà individuali⁸.

In tal caso gli interessi da soddisfare sono imputabili in via diretta ai partecipanti e non a un differente soggetto che li trascenda. La decisione unanime degli interessati è perciò certamente valida anche se presa fuori dalla riunione assembleare. Se, invece, è adottata a maggioranza, perché possa ritenersi vincolante per tutti, la volontà comune deve formarsi secondo un procedimento prestabilito, che prevede lo svolgimento di determinate fasi e il necessario compimento di specifici atti. La forma espressiva unitaria può bensì essere costituita da un numero di volontà inferiore a quello dei soggetti abilitati a concorrere alla decisione; ma perché ciò accada si impone l'osservanza di precise regole.

Il potere della maggioranza trova il principale strumento di espressione nella deliberazione, *beschluss*, e rinviene la sua fonte nella legge, la quale, sul presupposto della comunione o del collegamento di interessi, individua una posizione di competenza collettiva dei partecipanti, conferendo alla maggioranza la legittimazione ad agire nell'interesse della totalità degli interessati⁹. Quelli tra essi che non abbiano preso parte alla determinazione ovvero abbiano manifestato, attraverso l'esercizio del diritto di voto, un interesse contrario a quello della maggioranza, sono vincolati alla deliberazione dei più.

La deliberazione imputata al gruppo, quale espressione della volontà unitaria, discende dalla pluralità di negozi unilaterali (dichiarazioni di voto), efficaci soltanto

⁷ Sul punto, A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 20; R. SACCHI, *op. cit.*, p. 34; S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, secondo il quale personalità del gruppo e principio di maggioranza non sono inscindibilmente connessi. Secondo E. RUFFINI (*op. cit.*, p. 94), il principio maggioritario è una semplice formula giuridica che può inerire a diversi fenomeni. In questa prospettiva, il criterio della maggioranza, ove sia scelto per conferire validità alla decisione adottata, diviene il parametro per verificare la legittimità della deliberazione, al pari di qualsiasi procedura di produzione di norme giuridiche, risolvendosi in tal caso la legittimità in un mero ed inevitabile "conto" dei voti: N. IRTI, *La tenaglia*, Roma-Bari, 2008, p. 47 ss.

⁸ Per tutti, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1973, p. 645; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 212.

⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, introduzione di G. B. Ferri, a cura di G. Crifò, rist. corretta della II ed., Napoli, 2002, p. 263.

a condizione che il contenuto di ciascuno di essi corrisponda al contenuto degli altri. Tutti insieme confluiscono in un altro negozio unilaterale, l'atto collegiale, sede propria di applicazione del principio di maggioranza¹⁰.

In senso proprio, di volontà collegiale può discorrersi laddove essa venga imputata ad un soggetto distinto dalle persone dei singoli membri e destinato ad operare tramite un organo, la cui volontà si forma, mediante il criterio della maggioranza, attraverso un procedimento assembleare che assurge ad elemento costitutivo della deliberazione.

Emerge così in tutta la sua importanza l'utilizzazione del metodo collegiale, contrassegnato dall'adozione di alcuni passaggi prodromici alla deliberazione del gruppo: convocazione dei partecipanti, riunione degli stessi, discussione, votazione. La formazione del comune intendimento non può prescindere da questi momenti, attraverso i quali si svolge la partecipazione dei componenti alla formazione della volontà comune, partecipazione costituente il presupposto dell'efficacia vincolante della decisione nei confronti di tutti¹¹.

Il metodo in parola consente a ciascuno sia di concorrere alla formazione della deliberazione sia di (cercare di) influire attraverso la discussione – ove sia prevista – sul voto degli altri appartenenti al gruppo¹². Esso opera, dunque, come strumento di protezione delle minoranze¹³, permettendo loro non solo di essere previamente informate dell'oggetto della deliberazione, ma anche di partecipare alla preventiva discussione, nel corso della quale ciascun membro ha la possibilità di esporre e di difendere, in contraddittorio con gli altri intervenuti, il proprio punto di vista. Il che non esclude in assoluto, beninteso, la possibilità che atti costitutivi e statuti possano contemplare deroghe a tale metodo, per i casi in cui il procedimento collegiale non venga valutato funzionale alla formazione della volontà dell'ente¹⁴.

¹⁰ Sull'applicazione del principio maggioritario nel caso di deliberazione (atto collegiale) imputata ad un soggetto distinto dalle persone dei votanti, A. VENDITTI, *op. cit.*, Napoli, 1955, p. 21 ss.; R. SACCHI, *op. cit.*, p. 167 ss.

¹¹ Nota è la similitudine tra il corpo umano ed il corpo sociale che deve giungere ad una decisione: così come nella mente umana si confrontano i pro e i contro per esprimere una scelta, fino a che alcune ragioni prevarranno su altre, così nel gruppo si valutano le diverse possibilità attraverso la discussione e la riflessione comune (E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, cit., p. 82, evoca al riguardo il pensiero dei giusnaturalisti). Nell'ambito del processo decisionale, il dissenso riveste pertanto un'importante funzione, specie nella fase della discussione, laddove l'opinione contraria al generale orientamento può costituire un rilevante elemento di riflessione per una valutazione più consapevole.

¹² F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, cit., p. 29.

¹³ Sul punto, A. Cerrai - A. Mazzoni, La tutela del socio e delle minoranze, in P. Abbadesse - A. Rojo (a cura di), *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze e progetti*, Milano, 1993, p. 340 ss.

¹⁴ Tale l'orientamento della Suprema Corte, la quale ha avuto modo di affermare che è invalida, e sanzionabile con l'annullamento, la deliberazione che non sia stata preceduta dalla piena e completa discussione prima della votazione finale, atteso che il procedimento assembleare è volto sia alla tutela dei singoli soci che alla tutela di un'esigenza di carattere generale, al fine di far emergere la migliore decisione per l'ente, attraverso l'esercizio del diritto di ciascuno degli intervenuti di esprimere, in contraddittorio con gli altri, la propria opinione ed orientare, nel senso da essi auspicato, la decisione finale: Cass. 13 dicembre 2002, n. 17848, in

La ragione per cui il dissenso necessita di un'adeguata protezione da parte del legislatore – il quale per vero ha mostrato il suo favore nei confronti dell'opinione minoritaria nei vari ambiti i cui essa viene espressa – trova il suo duplice fondamento sia nella esigenza di tutelare l'autonomia privata di ciascun partecipante al gruppo con riferimento agli atti di disposizione dei suoi diritti sia nella esigenza di tutela dei gruppi, nel verificare che l'opinione del dissenziente non sia in realtà quella più idonea a realizzare gli interessi della collettività. Si spiega così il *favor* per la manifestazione del dissenso in assemblea, svincolata da qualsiasi canone formale: dissenzienti sono tutti coloro che in qualsiasi forma espressa in quella sede neghino il proprio contributo all'approvazione della delibera¹⁵.

Le ragioni della tutela del dissenziente muovono da lontano. Nella dottrina dei canonisti, in origine valeva il principio della *maior et sanior pars*, a mano a mano sostituito dal principio della sola *maior pars*, soprattutto a partire dall'introduzione delle votazioni segrete¹⁶. Nel rapporto tra maggioranza numerica e ragionevolezza della decisione, è ovvio che una forte preponderanza numerica offra più intense garanzie di ponderatezza, pur potendo accadere che l'unico dissenziente suggerisca la decisione più conveniente per l'intero gruppo¹⁷. Ed è proprio questa eventualità ad aprire la strada all'ulteriore riflessione da parte della collettività, ovvero alla valutazione da parte del giudice.

2. Comunione e collegamento di interessi rappresentano il presupposto della legittimazione della maggioranza e consentono di vincolare la minoranza alla volontà altrui, purché il diritto sia esercitato in conformità alle previsioni di legge. La legge costituisce pertanto la fonte del potere e, al contempo, il primo limite del principio maggioritario¹⁸.

Foro it., 2003, I, 2120, secondo cui “il rispetto del metodo collegiale deve ritenersi sottratto alla disponibilità delle parti”.

Tuttavia, il metodo collegiale deve ritenersi superfluo nel caso in cui la decisione sia presa all'unanimità, anche fuori dalla sede assembleare: F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2010, p. 29.

¹⁵ Così Cass. 30 maggio 2008, n. 14554, cit.

¹⁶ Sul punto, O. VON GIERKE, *op. cit.*, p. 1112; *amplius*, A. RUFFINI, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, in *Arch. Giur.*, 1925, XCIII, p. 18; F.E. ADAMI, *Commissione di principi canonistici e civilistici in un consilium cinquecentesco relativo all'elezione del Rector Iuristarum nello studio di Ferrara*, in *Ann. Univ. Ferrara*, Sc. Giur. Nuova serie, vol. XVI, 2002, p. 33, mette in luce le assonanze tra i principi della dottrina canonica e civilistica in tema di adozione delle deliberazioni nei gruppi.

¹⁷ Si segnala, al riguardo, una decisione del TAR Napoli (Sez. I, 17 giugno 2011, n. 3227, in *Foro amm.* 2011, 6, 2030), secondo la quale la decisione di una commissione aggiudicatrice “di avvalersi della media dei voti espressi da ciascun commissario, in luogo del criterio di maggioranza, appare, a ben vedere, maggiormente ossequiosa del principio di collegialità del giudizio, in quanto con la stessa si elidono gli inconvenienti insiti nel carattere “tirannico” della votazione a maggioranza, in applicazione del cui metodo le valutazioni del componente in minoranza sono destinate a non lasciar traccia alcuna nel giudizio definitivo”.

¹⁸ N. BOBBIO, *La regola della maggioranza: limiti ed aporie*, in AA. VV., *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Bologna, 1981, p. 33 ss.

Il problema dei limiti non assume rilevanza meramente astratta, ma introduce il tema della tutela della minoranza e del partecipante alla comunione di interessi, assente o dissenziente, inciso dalla decisione di altri. Intendendo la libertà come potere di autodeterminazione¹⁹, l'ordinamento giuridico non sembra riconoscerla senza limiti e condizioni, nelle ipotesi in cui essa incida sull'eguale diritto della minoranza²⁰. Ovvio diviene quindi l'approntamento, da parte del legislatore, di pluri-mi strumenti volti alla sua tutela.

Poiché la maggioranza implica per definizione la minoranza, i due gruppi non costituiscono solo l'espressione di opposte posizioni, ma configurano altresì le parti complementari dell'*unicum*, rappresentato dal gruppo, al cui interno la sintesi degli interessi individuali sfocia nella decisione destinata ad esprimere ed attuare l'interesse generale²¹ nella sede propria dell'assemblea, ove il dissenso può essere mostrato in qualunque modo, intendendosi per dissenzienti coloro che abbiano negato in qualsiasi forma manifestata in assemblea il proprio contributo all'approvazione della delibera²².

All'esito dell'eventuale discussione, può accadere che il contrasto si appiani oppure che il disaccordo permanga ed anzi si acuisca ed allora al dissenziente si apre una duplice scelta: restare nel gruppo ed esperire i rimedi che il legislatore predispone allo scopo di tutelare la minoranza nella gestione dell'attività oppure utilizzare il rimedio *tranchant* del recesso.

Certamente l'esercizio di questa facoltà esprime la più profonda ed insanabile frattura, non intendendo il singolo soggiacere alla decisione della maggioranza e darvi esecuzione²³. Qualora egli ne avverta così forte la violenza, l'allontanamento attraverso il recesso esprimerà l'apice del dissenso, prospettabile per due ordini di ragioni: 1) perché ritiene la decisione della maggioranza in contrasto con la realizzazione dell'interesse comune; 2) perché, pur riconoscendo alla deliberazione l'idoneità a soddisfare l'interesse del gruppo, considera il sacrificio del proprio interesse individuale troppo gravoso²⁴.

¹⁹ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 34; ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, § 2, p. 4 ss.

²⁰ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, p. 290.

²¹ Com'è ovvio, il concetto di maggioranza (e, conseguentemente, quello di dissenso rispetto ad essa) è logicamente incompatibile con la presenza di soli due soggetti, ove il disaccordo è reciproco.

²² Così Cass. civ., 30 maggio 2008, n. 14554, in *Foro it.* 2009, 1, I, c. 204.

²³ Sul recesso, ampiamente, G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Digesto civ.*, vol. XVI, Torino, 1993, p. 437. Sul diritto di recedere quale garanzia della libertà individuale, G. TAMBURRINO, *Persone giuridiche. Associazioni non riconosciute. Comitati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigliani*, 2ª ed., Torino, 1997, p. 332, il quale tuttavia ammette limitazioni negoziali anche gravose del diritto di recesso, specie nel caso di associazioni a tempo determinato; *contra*, F. FERRARA *SR.*, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Vassalli*, II, 2, Torino, 1958, p. 269 ss.

²⁴ Nel regolare svolgimento dell'attività dell'ente, l'interesse del singolo dovrebbe, invece, risultare esaltato all'interno dell'associazione, come rileva P. BARCELONA, *Il ritorno del legame sociale*, Torino, 1990, p. 117. Le ragioni del fenomeno associativo sono analizzate da P. RESCIGNO, *Dottrine ed esperienze del pluralismo*, in ID., *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 357 ss.

L'atto di recesso è stato anche definito come il "corrispettivo del potere della maggioranza" all'interno del gruppo²⁵, giacché tale potere viene tanto più arginato quanto maggiore è il timore che il suo esercizio possa indurre i dissenzienti a recedere, così privando la compagine sociale di parte delle sue risorse, che possono essere risorse importanti. La possibilità di recedere diventa così un'arma fornita ai soci di minoranza per costringere quelli di maggioranza a tener conto anche della loro volontà.

Questo timore ovviamente cresce in misura direttamente proporzionale al tasso di concorrenzialità effettivamente presente nel mercato; così come nel caso di associazioni di carattere ideologico, il "costo" del dissenso dipende dalla misura del pluralismo effettivo del sistema.

La possibilità di recedere diventa così un'arma fornita alla minoranza per indurre i più a tener conto anche della sua volontà.

Consistendo il recesso in una manifestazione di volontà di contenuto esattamente contrario a quella da cui scaturì il vincolo tra l'individuo e il gruppo, l'uscita non è configurabile allorché il vincolo stesso non sia sorto per effetto della scelta individuale di appartenere al gruppo, ma quale effetto normativo di un fatto giuridico avente causa diversa dal raggiungimento di un fine sociale: l'acquisto di un'unità immobiliare comportante l'ingresso in un condominio, l'accettazione di un'eredità da cui sorga una comunione ereditaria, il decreto del Tribunale con il quale venga nominato il comitato dei creditori o convocata l'adunanza degli stessi nel concordato fallimentare o preventivo²⁶, l'atto con il quale si costituisca un collegio giudicante privato²⁷.

In tali situazioni lo scioglimento del vincolo risulterà possibile solo facendo venir meno il rapporto sottostante costituente il presupposto dell'aggregazione: alienando il bene che consentì la partecipazione al condominio, conseguendo la divisione ereditaria, rinunciando al credito per non partecipare al concordato, rimettendo il mandato per uscire dal collegio arbitrale²⁸.

Per contro, nell'ambito dei gruppi cui il singolo abbia liberamente scelto di aderire, il legislatore si preoccupa di apprestare una tutela degli interessi individuali

²⁵ La definizione è di G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, p. 213.

²⁶ Non può tacersi, al riguardo, il rafforzamento del potere dei privati sia attraverso la "semplificazione" del principio di maggioranza, realizzata dal legislatore negli artt. 128 e 177 L.F. sia attraverso l'introduzione del principio del silenzio-assenso con la novella del 2012: cfr. V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1230.

²⁷ Ragioniamo in termini di effetti normativi, conseguenti all'avverarsi di una fattispecie, autorevolmente definita "strumento di precisione, che permette di «disporre» per il futuro e di convertire innumerevoli fatti in casi di applicazione normativa": N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, p. 41.

²⁸ Ci si riferisce naturalmente al dissenso manifestato nel corso del procedimento arbitrale, prima dell'emissione del lodo, giacché successivamente non avrebbe senso parlare di rinuncia, essendo stato ormai espletato il mandato.

sottesi al contratto sociale²⁹, da un lato prevedendo la possibilità del recesso per giusta causa ovvero *ad nutum* (art. 24 c.c. per le associazioni; art. 2285 c.c. per le società di persone), e dall'altro stabilendo espressamente i casi in cui il socio ha il potere di recedere dalle società di capitali (art. 2437 c.c.). Rinuncia al diritto di recesso e patti volti ad escluderlo o a renderne più gravoso l'esercizio sono colpiti da nullità.

L'antinomia unanimità/maggioranza trova così una via d'uscita. Emblematici in argomento i "nuovi" artt. 2437 e 2473 c.c., rispettivamente dettati per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata, che consentono bensì le modificazioni statutarie a maggioranza in materie di particolare rilievo, ma tutelano la minoranza contraria offrendole la possibilità del recesso³⁰. Il dissenziente non ha il diritto di conservare inalterato, nel corso del rapporto sociale, il tipo societario, l'oggetto, il criterio di commisurazione della forza del voto originariamente recepito nel contratto di società, etc. Non gli è riconosciuto alcun potere di veto, e non può impedire l'adozione della delibera, non essendo richiesta l'unanimità. Ma può recedere, in tal modo sottraendosi agli effetti di una decisione della maggioranza che reputi, a torto o a ragione, per sé pregiudizievole, e si viene così ad attuare un avvicinamento alla disciplina degli enti *non profit*, contrassegnati dalla possibilità di modificazione a maggioranza dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 21, II comma, c.c.), ma anche dal potere di recesso (art. 24, II comma, c.c.)³¹. Restano salvi, naturalmente, gli ulteriori correttivi che l'ordinamento gli pone a disposizione (ad esempio, impugnazione della delibera, denuncia al collegio sindacale di fatti censurabili, denuncia al tribunale di gravi irregolarità, azioni di responsabilità contro gli amministratori, etc.).

²⁹ Sugli interessi dei singoli associati al momento della stipulazione del contratto, A. BARBA, *Il contratto dell'associazione*, Siena, 1995, p. 232 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p. 29; R. DI RAIMO, *Poteri della maggioranza, diritti individuali e modifiche statutarie nelle associazioni non riconosciute*, in Aa.Vv., *Partecipazione associativa e partito politico*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1993, p. 155.

³⁰ Si legge nella Relazione all'art. 3 del D. Lgs 17 gennaio 2003, n. 6 (che ha modificato l'art. 2473 c.c.): "La disciplina del recesso comporta un rilevante ampliamento delle ipotesi attualmente previste ed amplia così quello che in questi tipi di società risulta concretamente lo strumento più efficace di tutela per il socio. In società come quella a responsabilità limitata la partecipazione del socio è ben difficilmente negoziabile sul mercato e quindi, in caso di sua oppressione da parte della maggioranza, ridotta portata concreta possono assumere rimedi di tipo risarcitorio o invalidante. Perciò la possibilità offerta dalla legge di uscire dalla società da un lato gli consente di sottrarsi a scelte della società che contraddicono i suoi interessi, dall'altro, comportando un impegno economico per la società e per coloro che in essa rimangono, gli offre uno strumento di contrattazione con gli altri soci e con la maggioranza della società: in sostanza, la necessità di questo impegno economico comporta che nel calcolo tra costi e benefici concernenti una decisione che vede contrapposti diversi soci anche di esso si dovrà tener conto" la società e per coloro che in essa rimangono, gli offre uno strumento di contrattazione con gli altri soci e con la maggioranza della società: in sostanza, la necessità di questo impegno economico comporta che nel calcolo tra costi e benefici concernenti una decisione che vede contrapposti diversi soci anche di esso si dovrà tener conto".

³¹ F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati. Art. 36-42*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 2006, p. 136 ss.

Il legislatore privilegia in tal modo l'interesse della maggioranza, anche in difetto del consenso unanime, all'adeguamento del contratto sociale al mutare delle esigenze del mercato e dell'impresa. Lo contempera però attribuendo al socio dissenziente la facoltà di sottrarsi al volere altrui: non più il rigido e tradizionale *ius prohibendi*, bensì una maggiore flessibilità strutturale dell'organizzazione societaria. Alla più estesa autonomia decisionale della maggioranza fa da contrappeso, in favore della minoranza non consenziente, il potere di recesso³². Né varrebbe osservare che l'uscita del dissenziente dalla compagine costituisce in ogni caso un sacrificio dei suoi interessi: la formula legislativa gli lascia in realtà un significativo potere di negoziazione ogniqualvolta la maggioranza abbia interesse alla sua permanenza nella struttura societaria. E comunque, al di là di questo rilievo, affiora la volontà legislativa di proteggere, piuttosto che l'interesse individuale del socio, quello dell'impresa in sé, e persino quello dei soci futuri.

Nel passato, le norme che prevedevano tale diritto sono state ritenute di carattere eccezionale rispetto alla regola espressa nell'art. 1372 c.c., secondo la quale il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso³³. La prospettiva è ormai mutata, al punto da non potersi più discorrere di tassatività delle ipotesi di recesso. La sua ormai generalizzata introduzione nella disciplina dei gruppi sociali risponde all'evidente finalità di riequilibrio del rapporto tra i poteri della *maior pars* e gli interessi individuali: nei confronti dell'esercizio del recesso nulla può il gruppo, espressione della maggioranza. La dichiarazione produrrà senz'altro l'effetto dello scioglimento del rapporto rispetto al consociato.

L'atto costitutivo e lo statuto potranno soltanto prevedere limitazioni nell'esercizio del recesso *ad nutum* entro precisi limiti di ragionevolezza commisurata agli scopi perseguiti dall'ente: in un'associazione di tendenza il diritto di recesso godrà di tutela più intensa, altrimenti derivandone un'intollerabile limitazione della libertà di pensiero dell'associato (costituzionalmente protetta), costretto a condividere le ideologie del gruppo anche quando queste o le proprie mutino³⁴.

Diverso, beninteso, è il caso del recesso per giusta causa, legato all'accadere di un fatto giuridico, quale elemento ineliminabile della fattispecie: il dissenso nei confronti di una delibera modificativa dell'atto costitutivo di un'associazione o di una società di capitali può certamente costituire la ragione ostativa al protrarsi della partecipazione alla vita dell'ente e, pertanto, una giusta causa di recesso (artt. 21, 2437, 2473 c.c.).

³² Cass. 8 novembre 2005, n. 21641, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 279.

³³ F. GALGANO, *Le persone giuridiche*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, cit., p. 361.

³⁴ Sul punto, L. BARBIERA, *Inadeguata tutela della libertà di recesso dell'associato nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. it.*, 1998, 639, nota a Cass. 14 maggio 1997, n. 4244; A. VENCIARUTTI, *Recedere da una associazione: dalla "libertà di dissociazione" al recesso per "giusta causa"*, in *Nuova giur. comm.*, 1998, I, p. 423 ss.; v., anche, Cass. 4 giugno 1998, n. 5476, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2499 ss.

Nelle società di capitali, invero, le deliberazioni adottate a maggioranza vincolano innanzitutto la società e poi i soci, nei cui confronti l'effetto vincolante è indiretto. Il recesso consentito al socio trova il suo fondamento proprio nella necessità del rispetto della volontà sociale, con la sola ed unica alternativa dello scioglimento dal vincolo e del conseguimento di un rimborso per la propria partecipazione³⁵.

Del pari, può costituire giusta causa di recesso il dissenso rispetto alla modificazione dell'atto costitutivo nella società di persone (art. 2252 c.c.). Ma in questo contesto, essendo richiesta l'unanimità dei consensi, in alternativa al recesso il dissenziente potrà legittimamente esercitare il diritto di veto.

3. Se il dissenziente ha il potere di recedere dal gruppo a seguito di una frattura insanabile con la maggioranza, si può immaginare un correlativo potere di escludere il socio o l'associato dissenziente da parte della maggioranza?

Speculare alla fattispecie del recesso è quella dell'esclusione dell'associato o del socio che - fatta eccezione per il socio delle s.p.a. - si consuma anch'essa soltanto all'interno dei gruppi ai quali il privato ha liberamente scelto di aderire, al pari dell'esercizio del recesso. Nessuna esclusione potrà aver luogo ove l'aggregazione sia la mera risultante accidentale di un altro fatto giuridico (comunione incidentale, condominio, concordato fallimentare o preventivo) e non già il frutto di una specifica manifestazione di volontà dei singoli.

Il potere di recedere e quello correlativo di escludere, pertanto, sono esercitabili soltanto quando l'appartenenza al gruppo derivi da una scelta individuale. Nel caso, invece, in cui sia conseguenza di un fatto indipendente dalla volontà del soggetto, solo lo scioglimento del vincolo sottostante consentirà di recidere il rapporto con il gruppo.

Ai fini della riflessione sul dissenso l'esclusione rileva sia sotto il profilo della possibilità di disporla in presenza della violazione dell'obbligo del dissenziente di adeguarsi al volere della *maior pars* sia sotto il profilo dei limiti all'esperibilità del rimedio, dovendosi evitare la gestione arbitraria da parte della maggioranza³⁶. Ed infatti, le limitazioni al potere di esclusione, insieme ai presupposti del recesso e alla

³⁵ C. ANGELICI, *La tutela delle minoranze*, in *Società*, 1999, p. 786 ss.; Id., *Soci e minoranze nelle società non quotate*, in AA.Vv., *La riforma delle società per azioni non quotate*, a cura di M. Porzio M. Rispoli Farina G. Rotondo, Milano, 2000, p. 33 ss.; G. FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Dir. e Prat. Comm.*, 1932, I, p. 3 ss.; B. ACQUAS C. LECIS, *Il recesso del socio nella s.p.a. e nella s.r.l.*, Milano, 2010. Nelle associazioni, per contro, non è consentita la ripetizione dei contributi versati, segno dell'importanza che in tali enti assume il carattere ideale degli scopi perseguiti rispetto alle società. In tema, F. GALGANO, *Le persone giuridiche*, cit., p. 352.

³⁶ Sulla competenza di un eventuale apposito organo deputato a deliberare l'esclusione, F. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 378; in senso contrario, M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni, le fondazioni*, in Tratt. Rescigno, II, 2ª ed., Torino, 1999, p. 409 ss. Nella giurisprudenza, Cass. 24 ottobre 1969, n. 3490, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1713; Cons. di Stato 30 luglio 1967, n. 1834, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Persona giuridica*, n. 19.

disciplina della responsabilità deliberativa, vengono a costituire lo statuto della tutela del dissenso nei gruppi sorti da un contratto associativo.

Anche l'esclusione determina lo scioglimento radicale e definitivo del rapporto; tuttavia, mentre il recesso è esercitabile *ad nutum* (qualora l'appartenenza al gruppo sia a tempo indeterminato), essa non può essere adottata arbitrariamente, ma necessita di "gravi motivi" (art. 24 c.c. per le associazioni) o di "gravi inadempienze" (art. 2286 c.c. per le società di persone³⁷), tra i quali ricade anche la sopravvenuta perdita dei requisiti soggettivi³⁸.

L'esclusione deve essere deliberata, pertanto, sulla base di presupposti adeguati a giustificarla, sebbene il legislatore non indichi espressamente le cause che possono fondarla né prescriba che i motivi atti a giustificarla siano specificati nell'atto costitutivo o nello statuto. Spetterà all'autorità giudiziaria valutarne le ragioni a seguito dell'opposizione dell'interessato, quand'anche siano stati individuati in via negoziale alcuni fatti o atti idonei ad integrare i "gravi motivi di esclusione" o le "gravi inadempienze": il giudice non solo accerterà l'effettiva sussistenza delle cause di esclusione convenzionalmente pattuite, ma ne sindacherà altresì l'importanza e la gravità³⁹.

Anche il mancato rispetto della decisione adottata dalla maggioranza può costituire grave inadempimento nei confronti del gruppo e rappresentare un legittimo motivo di esclusione⁴⁰.

Potrebbe in proposito richiamarsi il generale dovere giuridico imposto alla minoranza di adempiere alle decisioni della maggioranza, posto a fondamento del principio maggioritario. Se la *maior pars* può orientare con carattere vincolante il comportamento dei dissenzienti, costoro sono evidentemente tenuti ad adeguarsi alle deliberazioni legittimamente assunte (salvo il diritto di recesso)⁴¹.

In effetti, solo mediante la teorizzazione di un dovere giuridico prescritto alla minoranza di adeguarsi al volere della maggioranza il dissidio di opinioni si rivela

³⁷ Sulla esclusione del socio dalla società di persone, F. DI SABATO, *Società in generale e società di persone*, in Tratt. Perlingieri, Napoli, 2004, p. 192.

³⁸ L'assenza di previsioni legislative sull'esclusione del socio dalla società per azioni (salvo il caso *sui generis* dell'esclusione dal diritto di voto per mora nei versamenti), a differenza di quanto avviene nella società a responsabilità limitata, trova la sua probabile *ratio* nel carattere più "personalistico" della s.r.l., specie a seguito della novella del 2003, rispetto all'impronta marcatamente ed esclusivamente patrimonialistica della s.p.a.

³⁹ Cass. 4 settembre 2004, n. 17907, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2919 e Cass. 9 settembre 2004, n. 18186, in *Foro it.*, 2005, I, 1819; P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione non riconosciuta ed ordine pubblico costituzionale*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 543; F. GALGANO, *Le persone giuridiche*, cit., p. 323.

⁴⁰ O. VON GIERKE, *op.cit.*, p. 1117, il quale riporta la posizione radicale di Fichte, che negò la validità del principio maggioritario in favore del criterio dell'unanimità, concedendo al massimo in certi casi che la maggioranza avesse il diritto di escludere il dissenziente.

⁴¹ L'introduzione di tale dovere è documentata dall'ingresso del principio "*minor pars sequatur majorem*" nella Germania del secondo Medio Evo: cfr. O. VON GIERKE, *op.cit.*, p. 1108.

superabile senza una coercizione violenta; si tratterebbe quindi di un vero e proprio obbligo, scaturente dal rapporto associativo e funzionale all'elevazione della volontà comune a decisione unanime.

In particolare, se nelle persone giuridiche il dissenziente è vincolato dalla volontà della corporazione di cui fa parte, quella stessa volontà è a lui direttamente riferibile, come può desumersi dal già richiamato art. 2377 c.c.⁴².

Può dunque discorrersi di un vero e proprio obbligo della minoranza di adempiere al volere della maggioranza, derivante dal contratto sociale. L'antica finzione arbitrariamente formulata (*quod maior pars facit totum facere videtur*) sembra così rinvenire il suo fondamento nell'obbligo imposto a tutti i membri del gruppo, dal momento che la deliberazione ottiene forza ed efficacia solo se realmente la minoranza si uniforma al volere dei più.

Diviene così corretto concludere che, nei casi più gravi di ostacolo frapposto dal dissenziente all'esecuzione della deliberazione adottata a maggioranza, può effettivamente ravvisarsi un inadempimento di portata tale da giustificare l'esclusione, secondo le disposizioni contenute negli artt. 24 c.c. e 2286 c.c. nonché, eventualmente, nell'atto costitutivo di una s.r.l. ex art. 2473 bis c.c. Si pensi, per un esempio, al dissenziente che ponga in essere iniziative contrastanti con le finalità ideologiche di un ente a precisa connotazione politica, intralciando gravemente l'attuazione delle linee di condotta deliberate dall'assemblea. Specifiche ipotesi di esclusione legate all'inadempimento del dissenziente potrebbero inoltre essere espressamente previste nell'atto costitutivo o nello statuto dell'ente.

Se all'inosservanza dell'obbligo per la minoranza di adeguarsi alle decisioni della maggioranza si ricollega, quantomeno nei casi limite, la possibilità dell'esclusione del dissenziente, deve anche trarsi il corollario che l'inadempienza, ovvero il persistere della sterile opposizione, configura un comportamento illecito del consociato, fonte di obbligazione risarcitoria. Ma ciò, naturalmente, sempre che il dissenso non trovi la sua ragione in circostanze che lo giustifichino e ne facciano venir meno il carattere emulativo o comunque gravemente pretestuoso.

Sotto questo profilo, assume rilevanza la motivazione del dissenso.

Quid iuris nei gruppi che, non nascendo dalla stipulazione di un contratto sociale, scaturiscono da un diverso fatto giuridico? Sussiste pur sempre l'obbligo giuridico della minoranza di adeguarsi al volere della maggioranza? In alcune ipotesi tale obbligo è espressamente previsto dalla legge (art. 1105 c.c., in tema di comunione⁴³;

⁴² «Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti».

Sui motivi e sul procedimento di esclusione, C. ESPOSITO, *L'esclusione del socio nelle società di capitali*, Milano, 2012, p. 181 ss.

⁴³ Il principio maggioritario nella comunione è stato introdotto dal Codice Civile del 1865, nell'art. 678, il quale stabiliva che «per l'amministrazione e per il migliore godimento della cosa comune le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti sono obbligatorie anche per la minoranza dissenziente». Fino ad allora, aveva dominato esclusivamente il principio dell'autonomia privata, secondo il quale ogni partecipante è vincolato

art. 1137 c.c., in tema di condominio). Nelle altre situazioni la risposta appare più problematica. È certa, in ogni caso, l'impraticabilità dell'esclusione, potendo il vincolo venir meno unicamente a seguito di un fatto idoneo a rimuovere il rapporto sottostante. In particolare: nella comunione ciascun comproprietario avrà facoltà di chiedere in qualunque momento la divisione (salve le tassative eccezioni previste dalla legge); nel condominio, ciascun condomino potrà sottrarsi al volere della maggioranza procedendo all'alienazione del bene; nel concordato fallimentare o preventivo il creditore potrà rinunciare al proprio diritto così sottraendosi alle decisioni cui l'intero ceto creditorio è chiamato.

4. Se il diritto di recesso e i limiti concernenti il diritto di esclusione costituiscono il culmine della tutela del dissenziente, altri aspetti di tutela non comportano invece soluzioni così drastiche e ineriscono allo svolgimento dell'attività del gruppo, dall'atto di ingresso di nuovi consociati alla nomina degli amministratori, agli atti di gestione ordinari e straordinari.

Alla base di questi molteplici strumenti è, in linea di principio, il dialogo tra minoranza e maggioranza volto ad evitare fratture insanabili che possano condurre allo scioglimento del rapporto. I limiti al potere della maggioranza si traducono in altrettanti strumenti di tutela della minoranza e, tuttavia, le profonde differenze strutturali e di amministrazione dei gruppi in cui vige il criterio maggioritario implicano modalità di controllo assai diverse da caso a caso.

A) Nelle società di capitali, l'esigenza di tutelare i soci di minoranza rispetto alle scelte compiute dall'organo gestionale, costituente emanazione della volontà della maggioranza⁴⁴, è garantita dalla richiesta⁴⁵ di convocazione dell'assemblea da parte dei soci detentori di una certa quota del capitale sociale (anche mediante la possibilità di imporre l'utilizzazione del metodo collegiale laddove l'atto costitutivo preveda un diverso criterio di decisione, secondo la previsione dell'art. 2479, IV comma, c.c.)⁴⁶ sia la richiesta di informazioni sullo svolgimento degli affari sociali, esperibile da parte dei "soci che non partecipano all'amministrazione" (art. 2476, II comma, c.c.)⁴⁷.

esclusivamente dalla propria dichiarazione di volontà; F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, cit., p. 11.

⁴⁴ Si veda T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 169.

⁴⁵ Sui poteri attribuiti ai soci al fine di assecondare lo sviluppo dell'azione societaria all'insegna della legalità, specie nella società cooperativa, si veda, da ultimo, A. Cetra, *Tutela delle minoranze e dei soci nell'impresa cooperativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1512.

⁴⁶ G. ZANARONE, *La tutela dei soci di minoranza nella nuova s.r.l.*, in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 340 ss.; ID., *Della società a responsabilità limitata*, Milano, 2010, p. 80 ss.

⁴⁷ La particolare forza di tale strumento di tutela risiede nella possibilità per il socio, cui fosse negato l'accesso ai documenti, di adire il Tribunale addirittura in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

Qualora tali rimedi preventivi ed endoassociativi non risultino sufficienti a scongiurare l'aperto conflitto, i dissenzienti potranno esperirne altri non rientranti però nel fisiologico svolgimento dei rapporti sociali e consistenti nelle impugnazioni giudiziali, il cui esercizio è subordinato al verificarsi di un'anomalia nell'adozione della deliberazione o nei suoi contenuti.

Può discutersi se la *ratio* delle previsioni che attribuiscono il diritto di impugnazione delle delibere risieda nella tutela dell'interesse del singolo di fronte alla *major pars* oppure nella tutela dell'interesse del gruppo affinché siano adottate decisioni in linea con gli scopi e i principi cui è improntata la sua attività. È certo, comunque, che il legislatore ha finito per raggiungere un punto di equilibrio tra gli interessi individuali e quelli sociali, attraverso il temperamento di autonomia privata ed esigenze di agilità nello svolgimento delle attività sociali⁴⁸. E' significativo, al riguardo, che nelle s.p.a. il potere di impugnazione non spetti solo al dissenziente o all'assente ma anche a tutti i soci nonché a coloro che devono dare attuazione alla deliberazione (art. 2377 c.c.)⁴⁹.

In questa sede, il profilo più significativo è certamente quello della tutela del singolo rispetto alle deliberazioni lesive dei suoi diritti, anche in considerazione del precetto costituzionale di cui all'art. 2, e ci si può limitare a sottolineare che assai sottile è la linea di confine tra le deliberazioni adottate in contrasto con la legge, l'atto costitutivo o lo statuto e quelle preordinate allo scopo di realizzare interessi

⁴⁸ L'unico ambito in cui il legislatore sembra voler privilegiare prevalentemente questo secondo aspetto è quello del condominio e se ne può intuire la duplice ragione: in questi casi, infatti, la decisione collettiva è circoscritta alla manutenzione delle parti comuni dell'edificio, che forse non occupa un posto prioritario nella gerarchia degli interessi individuali. Inoltre, le scelte da adottare possono sovente richiedere velocità di esecuzione, difficilmente realizzabile ove si debba tener conto del personale punto di vista di ciascun condomino. Tale è apparso l'indirizzo manifestato in occasione della recente riforma della disciplina del condominio negli edifici, con la legge n. 220 del 2012, entrata in vigore il 18 giugno 2013, la quale ha abbassato i *quorum* sia costitutivi che deliberativi in tale materia. Sulla riforma del condominio, per tutti v. R. CORONA, *Il condominio negli edifici*, in *Riforma del condominio 2013*, in *Tratt. dir. reali*, A. Gambaro e U. Morello (diretto da), Milano, 2013; A. MUSTO, *Contributo allo studio della riforma del condominio: temi e questioni di interesse notarile*, Studio n. 906-2013/C del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato il 21.02.14, spec. p. 6 ss.

⁴⁹ Il legislatore ha previsto, tuttavia, un limite alla legittimazione dei soci all'azione *ex art.* 2377 c.c. (possessione di un'aliquota minima del capitale sociale), proprio al fine di evitare impugnazioni pretestuose da parte dei dissenzienti. Nelle s.r.l., invece, la legittimazione all'azione di annullamento della deliberazione spetta "ai soci che non vi hanno consentito", a ciascun amministratore e al collegio sindacale" (art. 2479-bis c.c.), ad esclusione pertanto degli assenti nonché dei soci che hanno manifestato il loro assenso; con ciò, il legislatore ha inteso forse attribuire un peso maggiore all'interesse del socio dissenziente, nell'ottica più "personalistica" delle s.r.l. rispetto alle s.p.a., come accennato con riferimento alla fattispecie dell'esclusione del socio (nota 36). Al riguardo, sulle differenze tra la disciplina delle s.p.a. e delle s.r.l., C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Cedam, Padova, 2003, pp. 92 ss. e 121 ss.; G. GUERRIERI, *Commento agli artt. 2479, 2479 bis, 2479 ter c.c.*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, III, p. 2019 ss.; A. DACCÒ, *Diritti particolari e recesso dalle s.r.l.*, Milano, 2013, p. 91 ss.

personali divergenti, lesivi degli interessi della società o degli altri soci. Ricorre, nel secondo caso, l'ipotesi dell'abuso della maggioranza, che costituisce un tema a sé.

B) Nelle società di persone, la tutela del dissenso suggerisce profili di indagine parzialmente diversi. Ed infatti, la gestione della società, in assenza di diverse pattuizioni, è affidata disgiuntamente a tutti i soci, i quali sono anche amministratori. La garanzia per il socio dissenziente risiede nel potere di opporsi all'atto di gestione che un altro amministratore voglia compiere: non si tratta, tuttavia, di un mero veto, giacché sull'opposizione decideranno i soci a maggioranza (non numerica, ma calcolata in base al criterio di ripartizione degli utili)⁵⁰.

Sovente, tuttavia, il potere gestionale non è attribuito a "ciascun socio", essendo gli amministratori nominati nell'atto costitutivo, dunque all'unanimità. In tal caso essi potranno essere sostituiti solo con il consenso nuovamente manifestato da tutti i soci, della cui volontà costituiscono emanazione, secondo le norme sul mandato collettivo (art. 1726 c.c.). L'elemento personale e il rapporto fiduciario assumono pertanto una peculiare rilevanza, pur potendo accadere che gli amministratori siano nominati a maggioranza con un atto separato, allorché tale possibilità sia espressamente prevista dall'atto costitutivo⁵¹.

In ogni caso, al socio rimasto estraneo all'amministrazione spettano il diritto di controllo della gestione (art. 2261 c.c.) nonché – nel dissenso sull'operato dell'amministratore – il potere di revoca per giusta causa (in via endosocietaria o giudiziale), con la conseguente possibilità di provocare l'estinzione del rapporto tra soci ed amministratori nella sua interezza, secondo la disposizione dell'art. 1726 c.c., trattandosi di un mandato conferito "da più persone con unico atto e per un affare d'interesse comune".

Il socio dissenziente rispetto alla linea di gestione potrà quindi - anche da solo, sempreché ricorra una giusta causa, secondo le disposizioni degli artt. 1723 e 2259 c.c.⁵² – provocare la revoca degli amministratori in carica (art. 1730 c.c.). Potere, questo, che trae il suo fondamento proprio dalla rilevanza attribuita all'elemento

⁵⁰ Sul tema, C. CONFORTI, *Le società di persone: amministrazione e controlli*, Milano, 2009, p. 131 ss.; L. PISANI, *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000, p. 136; G. CIAN (a cura di) AA.VV., *Diritto Commerciale*, vol. II, Torino, 2013, p. 93 ss. In particolare, sulla tutela del dissenziente nel caso della trasformazione di una società di capitali in società di persone, C. BOLOGNESI, *La trasformazione "regressiva" tra principio di maggioranza e tutela delle minoranze: problemi interpretativi*, in *Contr. e Impr.*, 2005, 3, p. 740.

⁵¹ Significativa, al riguardo, una (non recente) statuizione del Tribunale di Napoli (17 ottobre 1986), in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 654, che ha invalidato la deliberazione di nomina degli amministratori adottata a maggioranza, occorrendo il voto unanime dei soci in applicazione dei principi generali in tema di mandato collettivo ai sensi dell'art. 2260 c.c.

⁵² Si deve precisare che, se l'amministratore sia stato nominato nell'atto costitutivo, la sua revoca richiede la sussistenza di due presupposti, ovvero l'unanimità dei consensi e la giusta causa (art. 2259, I comma, c.c.), mentre se la nomina sia avvenuta con atto separato, è sufficiente l'esistenza di uno solo dei due, secondo l'art. 1726 c.c.: l'"unanimità", in questi casi, deve intendersi non inclusiva del consenso del socio-amministratore, in virtù del principio generale desunto dall'art. 2373 c.c., in base al quale, in presenza di un

della fiducia, ovvero dell'*intuitus personae* nello svolgimento del rapporto tra soci ed amministratori. L'intensità della tutela del socio dissenziente è per l'appunto giustificata dal venir meno del *pactum fiduciae*.

Nel silenzio della legge, il singolo non è invece legittimato alla proposizione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società di persone per inadempimento degli obblighi loro imposti dalla legge e dal contratto sociale. L'iniziativa compete solo alla società, cui gli amministratori rispondono del proprio operato, secondo la disposizione dell'art. 2260 c.c.⁵³

C) La manifestazione di dissenso rispetto al volere della *maior pars* e la relativa tutela assumono differente connotazione nell'istituto della comunione (e ancora diversa nel condominio). Intuitiva è la difficoltà logica di conciliare i caratteri della pienezza e dell'esclusività, propri del diritto di proprietà, con la contitolarità del medesimo diritto, implicante l'attribuzione a più soggetti degli stessi poteri (pieni ed esclusivi) in ordine al godimento e alla disposizione. L'istituto, a ben vedere, pone in crisi la stessa caratteristica dell'assolutezza, tipica del diritto di proprietà⁵⁴.

Soccorre al riguardo il concetto di *quota*, la cui funzione risiede proprio nel comporre il dissidio tra profili di per sé inconciliabili, mediante l'attribuzione a ciascuno della "misura" del suo diritto. Costituendo il parametro dell'ampiezza della sfera giuridica di ogni partecipante, essa vale a calcolare il peso di ciascun voto in sede di decisione a maggioranza per la gestione, sia ordinaria che straordinaria, della cosa comune. Perciò il legislatore ha imposto espressamente alla "*minoranza dissenziente*" l'obbligo di rispettare "*le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti, calcolata secondo il valore delle loro quote*" (art. 1105 c.c.)⁵⁵, purché tutti siano stati preventivamente informati dell'oggetto della deliberazione. Obbligo, questo, che afferendo al diritto *pro-quota* del partecipante risulta ineludibile: il dissenziente, ancorché 'tiranneggiato' dalla decisione della maggioranza, non potrà puramente e semplicemente distaccarsi dalla collettività, a differenza di quanto accade nei gruppi costitu-

conflitto di interessi, non deve computarsi il consenso dell'interessato (si veda, in tal senso, Cass., 12 giugno 2009, n. 13761, in *Foro it.*, 2010, I, 959).

⁵³ Ciò potrebbe comportare, tuttavia, un danno per il singolo socio (il quale peraltro risponde personalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sociali, sebbene in via sussidiaria) di fronte all'inerzia del rappresentante legale e, per tale ragione, è stato auspicato sia in dottrina che in giurisprudenza il potere di proporre l'azione di responsabilità anche da parte del singolo, *uti socius*, nonché in via surrogatoria, *ex art.* 2900 c.c., in luogo della società. Si veda, al riguardo, il lodo arbitrale 10 marzo 2010, Sanfilippo *Arbitro Unico* – Zappalà Agatino *c.* Yellow Cab di Antonino Zanucoli & C. in *Riv. Dir. soc.*, 2012, II, p. 92, con nota di G. Rugolo.

⁵⁴ La soluzione del contrasto tra l'unità dell'oggetto e la pluralità dei soggetti è stata individuata nell'unificazione dei comproprietari in una sorta di "persona giuridica collettiva", che, pur collocandosi al di sopra delle singole persone fisiche, tuttavia, non potrebbe mai assurgere al rango di persona giuridica; F. CARNELUTTI, *Appunti sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 86. Diffusamente, A. PALAZZO, voce *Comunione*, in *Digesto IV. Sez. civ.*, III, Torino, 1990, p. 158 ss.; *Id.*, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, t. II, Milano, 2000, II ed., p. 955 ss.

⁵⁵ Art. 1137, I comma, c.c., in materia di condominio: «*le deliberazioni prese dall'assemblea a norma degli articoli precedenti sono obbligatorie per tutti i condomini*».

iti a seguito di un contratto sociale, né tantomeno potrà essere escluso, neppure per gravi inadempimenti.

Anche nella comunione, il legislatore ha predisposto il rimedio successivo dell'impugnazione delle deliberazioni: domanda di annullamento dell'atto collettivo, volta a provocare la valutazione giudiziale delle modalità di gestione della cosa comune (art. 1109 c.c.).

Tuttavia, il rimedio radicale per risolvere il conflitto con gli altri partecipanti sarà la richiesta di divisione giudiziale (ove non risulti possibile quella consensuale) nonché l'alienazione del proprio diritto *pro-quota* o la rinuncia ad esso (in tema di condominio, l'alienazione della proprietà esclusiva, donde il diritto *pro-quota* sulle parti comuni)⁵⁶.

In tema di ordinaria amministrazione della comunione, si ravvisa generalmente un potere di reciproca rappresentanza tra i partecipanti: il singolo vincola gli altri contitolari nei confronti di terzi, potendo agire validamente da solo, nella presunzione della tacita autorizzazione degli altri compartecipi, fatta salva la prova che questi possano dare del loro dissenso⁵⁷. Il problema tocca quello più ampio della nomina di un mandatario tra i componenti della parte soggettivamente complessa⁵⁸, che evoca la fattispecie del mandato collettivo, già sfiorata a proposito della nomina degli amministratori nella società di persone.

Compresso dal volere della maggioranza, il diritto del singolo si riespande tuttavia ove si tratti di deliberare in merito ai più importanti atti di disposizione (alienazione o costituzione di diritti reali), per i quali è richiesta l'unanimità dei consensi (art. 1108, comma III, c.c.), con il conseguente possibile esercizio dello *ius prohibendi*.

Tale previsione, che tiene fermo il principio di unanimità nelle decisioni di maggiore rilevanza, è sintomatica dell'esigenza di tutelare in taluni casi quanto più possibile l'autonomia privata del dissenziente, in considerazione dell'accortezza che potrebbe caratterizzare la voce fuori dal coro e tenendo sempre presente che il principio maggioritario non è *il* migliore criterio di decisione, ma solo *uno tra quelli possibili*.

⁵⁶ Ovviamente, l'effetto liberatorio prodotto da tali fatti giuridici non potrà in nessun caso incidere sull'efficacia obbligatoria delle delibere precedentemente assunte.

⁵⁷ In tal senso si è espressa la giurisprudenza della Suprema Corte (per tutte, Cass. 19 luglio 2004, n. 13332), mentre la dottrina è di orientamento contrario (sia consentito il rinvio a M. BARELA, *Godimento e amministrazione dei beni ereditari*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, cit., p. 62 ed alla dottrina ivi richiamata), non ammettendo l'amministrazione disgiuntiva e rilevando come, sul punto, vi sia una contrapposizione tra la disciplina dettata espressamente dal legislatore in materia di società semplice (art. 2257 c.c.) e quella in tema di amministrazione della comunione (art. 1105 c.c.).

⁵⁸ Sul tema S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Milano, 2002.

