
L'INVALIDITÀ DELLE DELIBERAZIONI DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

Relazione al Convegno Synergia Formazione

"Consiglio di Amministrazione e Comitati Interni"

Milano, 11-12 Febbraio 2010

Avv. Francesco Gianni

Gianni, Origoni, Grippo & Partners

1. Premessa; 2. L'articolo 2388 c.c.: una disciplina di carattere generale; 3. Forme di invalidità o unica forma di invalidità?; 4. Fattispecie particolari di invalidità: le delibere lesive dei diritti dei soci; 5. ...segue... Fattispecie particolari: "interessi" degli amministratori; 6.. Il procedimento di impugnazione; 7. Invalidità delle deliberazioni e responsabilità degli amministratori; 8. Amministratori assenti e dissenzienti: legittimità dell'impugnazione.

1. Premessa

L'argomento oggetto della presente relazione non presenta profili di grande novità, essendo la disciplina di riferimento integralmente contenuta nel Codice Civile, così come innovato dalla Riforma del diritto societario (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6). Pertanto, la presente relazione si propone di ricostruire, da un punto di vista storico, il sistema nel quale si muovono gli istituti più significativi, individuandone i principi ispiratori ed analizzando, nel tentativo di fornire una chiave interpretativa originale, i profili di maggiore criticità delle singole fattispecie.

La predisposizione di strumenti di tutela idonei a rimuovere gli atti pregiudizievoli degli amministratori deve, inevitabilmente, fare i conti con un'adeguata considerazione dell'esigenza di stabilità e certezza degli atti riconducibili alla società. E' evidente, infatti, che l'affidabilità delle persone giuridiche e – più in generale – la sicurezza dei rapporti giuridici instaurati con gli enti per il tramite dei loro rappresentanti verrebbero irreparabilmente minate, agli occhi degli operatori del mercato, da una eccessiva instabilità degli atti decisori e, in particolare, degli atti di gestione dell'ente stesso. Nell'ambito delle società per azioni, come noto, la competenza deliberativa generale è, ormai, accentrata sull'organo amministrativo, mentre l'assemblea mantiene una funzione quasi residuale, essendo chiamata a deliberare su poche e determinate materie attribuite ad essa dalla legge o dallo statuto. In tale contesto, la rilevanza del principio di stabilità nella disciplina dell'invalidità delle delibere consiliari è ancor più marcata che nell'ambito dell'invalidità delle delibere assembleari.

La Riforma del diritto societario ha tracciato le linee di fondo dell'istituto dell'invalidità delle delibere assunte dall'organo amministrativo proprio sulla base di un temperamento tra i principi della sicurezza nei traffici commerciali e della stabilità degli atti societari e la necessità di predisporre dei rimedi per gli atti di gestione pregiudizievoli. Ne risulta un sistema in cui le delibere consiliari sono generalmente impugnabili, ma solo entro un termine di decadenza piuttosto breve (90 giorni) e l'ambito della tutela reale offerta dall'invalidità delle delibere è ristretto, essendo prevista però una tutela risarcitoria ad ampio raggio. Da un punto di vista sistematico, le caratteristiche specifiche dell'istituto dell'invalidità di cui si discute evidenziano come il principio generale della vulnerabilità delle delibere consiliari conviva nell'ordinamento con una concezione restrittiva della fattispecie. Pertanto, come meglio si dirà nel prosieguo¹, nell'ambito dell'interpretazione degli elementi costitutivi della fattispecie, dovrà essere privilegiato un criterio restrittivo.

La Riforma, come accennato, ha affrontato *ex novo* la tematica dell'invalidità delle delibere consiliari (*ante* Riforma tale disciplina era del tutto assente). Tale "nuova" disciplina è contenuta negli ultimi due commi dell'art. 2388 c.c.: **(i)** il comma 4 statuisce che *"le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data della deliberazione; si applica in quanto compatibile l'articolo 2378. Possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli articoli 2377 e 2378"*; e **(ii)** il comma 5 riproduce la lettera del "vecchio" art.

¹ Si veda il paragrafo 2 che segue.

2391 c.c., affermando che *“in ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione delle deliberazioni”*.

Tale sintetica disciplina è frutto di una lunga diatriba dottrinale e giurisprudenziale, nella quale sembra possano identificarsi, a grandi linee, quattro fasi: **(i)** la prima fase (che possiamo individuare nell'arco temporale che va dal 1942 al 1960 circa) è stata caratterizzata da una concezione generale di ammissibilità dell'impugnativa delle delibere consiliari, soprattutto da parte della dottrina; **(ii)** nella seconda fase, che prende le mosse da una pronuncia della Corte di Cassazione del 1961, si è affermata la non impugnabilità generale delle delibere consiliari. Tale concezione si fondava sull'interpretazione, quali norme eccezionali, del vecchio art. 2391 c.c. (tale norma legittimava gli amministratori assenti o dissenzienti e i sindaci ad impugnare le delibere consiliari nel solo caso in cui le stesse fossero state assunte con il voto determinante di amministratori in conflitto di interessi) e delle disposizioni in tema di invalidità delle delibere assembleari (non suscettibili, pertanto, di applicazione analogica alle deliberazioni consiliari); **(iii)** nella terza fase, ha svolto un ruolo predominante la giurisprudenza di merito, la quale ha operato un'inversione di tendenza rispetto alla fase precedente, ritenendo non eccezionali, e dunque applicabili analogicamente, sia il vecchio art. 2391 c.c., sia le norme dettate in tema di invalidità delle delibere assembleari; **(iv)** nella quarta ed ultima fase, le diatribe dottrinali e giurisprudenziali sono state superate dalla disciplina di diritto positivo introdotta dalla Riforma, la quale ha confermato la valenza generale del rimedio dell'impugnazione delle delibere consiliari.

2. L'articolo 2388 c.c.: una disciplina di carattere generale

Come accennato, il valore sistematico dell'art. 2388 c.c. consiste nell'introduzione di una disciplina dell'invalidità di carattere generale, che va ad affiancarsi alle ipotesi particolari previste dal Codice Civile e dalla legislazione speciale (si pensi, rispettivamente, all'art. 2391 c.c. e all'art. 157 TUF²). In virtù della disciplina dettata dall'articolo in esame, le delibere consiliari sono impugnabili in tutti i casi di non conformità

² L'art. 157 del TUF prevede che: *“Salvi i casi previsti dall'art. 156, comma 4, la deliberazione dell'assemblea o del consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di esercizio può essere impugnata, per mancata conformità del bilancio alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione, da tanti soci che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale. Tanti soci che rappresentano la medesima quota di capitale della società con azioni quotate possono richiedere al tribunale di accertare la conformità del bilancio consolidato alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione.*

La Consob può esercitare in ogni caso le azioni previste dal comma 1 entro 6 mesi dalla data di deposito del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato presso l'ufficio del registro delle imprese.

Il presente articolo non si applica alle società con azioni quotate solo in mercati regolamentati di altri paesi dell'Unione europea. Per le società cooperative, la percentuale di capitale indicata nel comma 1 è rapportata al numero complessivo dei soci”.

alla legge o allo statuto, non essendo più l'impugnativa limitata alle sole ipotesi specificamente indicate dalla legge e, in particolare, alle ipotesi di conflitto d'interesse.

La disciplina dell'impugnativa delle delibere del consiglio di amministrazione, in ragione delle accennate esigenze di stabilità degli atti societari, risulta comunque piuttosto restrittiva, sia dal punto di vista soggettivo che dal punto di vista oggettivo.

Dal punto di vista soggettivo, la legittimazione all'impugnativa è riconosciuta, in via generale, unicamente al collegio sindacale (come organo) e a ciascuno degli amministratori assenti o dissenzienti (*uti singuli*). Come si vedrà nel prosieguo, infatti, ai soci è attribuita una legittimazione attiva molto circoscritta (vedi paragrafo 4 e paragrafo 7 che seguono). Dall'analisi della norma, risulta evidente che deve essere esclusa la legittimazione ad impugnare da parte di altri soggetti³ e che l'elencazione dei legittimati deve essere interpretata restrittivamente (significativo è il dato testuale della norma che utilizza l'espressione "solo").

Dal punto di vista oggettivo, va sottolineato come la norma, anche per i casi più gravi di difformità dalla legge o dallo statuto, preveda la possibilità di impugnare la delibera consiliare esclusivamente entro il termine di novanta giorni dalla data di adozione della stessa: decorso tale termine, le deliberazioni consiliari risultano inattaccabili, con conseguente stabilizzazione dei loro effetti giuridici.

3. Forme di invalidità o unica forma di invalidità?

L'esegesi della disciplina dettata per l'impugnazione delle delibere consiliari evidenzia in modo significativo come il legislatore, diversamente da quanto previsto in materia di delibere assembleari, abbia evitato di distinguere le fattispecie di invalidità. Non vi sono distinte ipotesi di invalidità delle delibere consiliari, caratterizzate ognuna da uno specifico sistema di impugnazione, ma una sola ampia categoria di invalidità: la "non conformità alla legge o allo statuto". Esiste, peraltro, una diversa corrente di pensiero, che ritiene applicabili, anche alla patologia delle delibere consiliari, le categorie della nullità e dell'annullabilità, espressamente previste in materia di delibere assembleari. A tal riguardo, è opportuno segnalare che, laddove si intendesse sposare quest'ultima interpretazione, distinguendo quindi le forme di invalidità delle

³ L'esclusione della legittimazione dei terzi ad impugnare le delibere consiliari deriva essenzialmente dal fatto che le delibere consiliari non producono generalmente effetti diretti per i terzi; gli effetti esterni sono, infatti, solitamente determinati da atti compiuti in esecuzione delle delibere del consiglio di amministrazione. Avverso tali atti esecutivi i terzi possono avvalersi naturalmente dei rimedi previsti in generale dall'ordinamento per gli atti unilaterali e dell'azione di responsabilità verso gli amministratori ex art. 2395 c.c..

delibere, si dovrebbe comunque tener presente che la “nullità” e la “annullabilità” richiamate dal legislatore in materia di delibere assembleari sono categorie diverse e lontane dalle categorie di diritto civile egualmente denominate. Si consideri, a mero titolo esemplificativo, la previsione del termine dei tre anni entro il quale deve essere proposta l’impugnazione della delibera assembleare nulla ex art. 2379 c.c., in radicale contrasto con la essenziale caratteristica di imprescrittibilità dell’azione di nullità ex art. 1422 c.c..

Da un punto di vista applicativo e concreto, le delibere dell’organo amministrativo, qualunque sia l’ipotetica tipologia del vizio che le affligge, saranno rimosse solo ove siano state adottate *contra legem*⁴. Il legislatore non ha fissato una gerarchia dei vizi; esaltando il principio di stabilità con riferimento alle delibere dell’organo amministrativo, ha dettato un’unica disciplina con un termine per esercitare l’impugnazione molto breve. In altre parole, in materia di invalidità delle delibere consiliari, sembra che non si debba ormai parlare di vizi (al plurale, cioè nullità e annullabilità), ma di vizio (al singolare, la c.d. “*non conformità*”).

4. Fattispecie particolari: le delibere lesive dei diritti dei soci

Nonostante l’unicità della fattispecie invalidante delle delibere consiliari, esistono alcune fattispecie particolari, pur sempre riconducibili al vizio generale, che si distinguono per delle lievi deviazioni rispetto alla disciplina generale. In particolare, si fa riferimento alle delibere consiliari: **(i)** lesive dei diritti dei soci, ai sensi dell’art. 2388, comma 4 c.c.; o **(ii)** adottate in violazione delle disposizioni relative agli interessi degli amministratori dettate dall’art. 2391 c.c..

L’invalidità delle delibere lesive dei diritti dei soci si rivela peculiare per l’attribuzione della legittimazione attiva, appunto, ai soci⁵ (diversamente da quanto previsto in linea generale). E’ appena il caso di segnalare, a tal riguardo, che la norma conferisce la legittimazione al socio solo ove sia stato leso un diritto a lui spettante, proprio in qualità di socio della società. Ovviamente, il diritto leso deve spettare al socio in quanto titolare di una partecipazione sociale, mentre non può trattarsi di un diritto che il socio vanta nei confronti della società sulla base di rapporti giuridici diversi ed ulteriori (ad esempio, in virtù di contratti di consulenza stipulati con la società stessa, o anche in virtù del rapporto di lavoratore dipendente). Merita un cenno a

⁴ E’ dubbio se si possa considerare “*contra legem*”, ai fini dell’art. 2388 c.c., la violazione del regolamento interno che lo stesso consiglio di amministrazione si sia dato. Probabilmente, sarebbe opportuno ritenere rilevante tale violazione solo nel caso di previsione di tale regolamento nell’ambito dello statuto, in modo da potersi individuare nella violazione del regolamento una violazione indiretta dello statuto stesso.

⁵ Sull’impugnazione delle delibere consiliari da parte dei soci, si veda anche *infra* paragrafo 6.

parte l'interessante ipotesi, analizzata dalla giurisprudenza di merito⁶, dell'impugnazione da parte del socio di minoranza, il quale asserisca di esser stato leso nell'esercizio del proprio diritto di partecipare alla gestione della società. Più precisamente, è stata affermata la legittimazione del socio di minoranza ad impugnare una delibera consiliare adottata da un collegio composto da amministratori nominati (tutti) dal socio di maggioranza, contrariamente a quanto previsto dallo statuto sociale, che riservava al socio di minoranza la nomina di almeno un amministratore. Nel caso di specie, il socio lamentava la lesione *“del suo diritto di interloquire e di deliberare in sede consiliare tramite un componente di sua nomina”* sulla materia oggetto della delibera e il Giudice adito ha ritenuto sussistente la legittimazione, riconoscendo che il socio aveva correttamente indicato, quale presupposto del suo potere di impugnazione, *“la lesione di un diritto che pertiene direttamente al socio”*.

L'espressione *“deliberazioni lesive dei diritti dei soci”* è stata oggetto di interessanti dibattiti dottrinali, in particolare in merito all'ammissibilità di una interpretazione estensiva del termine *“diritti”*, volta a garantire l'applicabilità dello strumento di tutela dell'impugnazione anche in ipotesi di lesione di posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, ma non riconducibili alla categoria del diritto soggettivo in senso tecnico.

Un'altra peculiarità dell'impugnazione da parte dei soci, divergente rispetto alla disciplina generale dell'impugnativa delle delibere consiliari, è quella del *dies a quo* dal quale decorrono i novanta giorni utili per proporre l'impugnativa stessa. Nel caso di specie, il termine non può decorrere né dalla data della delibera, né dalla data dell'iscrizione della stessa nel libro delle adunanze. I soci, infatti, non sono necessariamente a conoscenza delle delibere dell'organo amministrativo, né sono tenuti ad informarsi in merito alle stesse consultando il libro delle adunanze. Per il socio, dunque, sembrerebbe che il termine inizi a decorrere dall'iscrizione della delibera presso il Registro delle Imprese, ovvero dal giorno in cui il socio stesso abbia contezza della deliberazione consiliare. Diverso è il caso in cui il socio sia anche amministratore: in tale ipotesi, non sussisterebbe infatti alcuna giustificazione idonea a garantirgli una estensione del termine di impugnazione oltre la data in cui la medesima delibera è stata adottata.

Resta, infine, da chiarire il tipo di *“lesione”* che legittima l'impugnazione in esame. Sembra debba ritenersi che la lesione possa essere causata, anche indirettamente, dalla delibera (si pensi, ad esempio, al caso un

⁶ Trib. Milano, 19 settembre 2007.

cui l'evento lesivo derivi da atti o comportamenti successivi, posti in essere sulla base dell'adozione della deliberazione stessa).

5. ...segue... Fattispecie particolari: "interessi" degli amministratori

La seconda fattispecie di invalidità delle delibere consiliari, peculiare rispetto alla disciplina generale ex art. 2388 c.c., è, come anticipato, quella relativa alle delibere assunte in violazione della disciplina sugli interessi degli amministratori.

Ai sensi dell'art. 2391 c.c., nel caso in cui uno o più amministratori siano portatori, anche per conto di terzi, di un interesse in merito ad una determinata operazione della società, la delibera del consiglio di amministrazione, relativa a tale operazione societaria, è validamente assunta solo allorché sussistano contemporaneamente tre condizioni: **(i)** la notizia dell'interesse; **(ii)** la motivazione dell'interesse; e **(iii)** il superamento della c.d. "prova di resistenza".

Come noto, la condizione *sub (i)* consiste nell'obbligo dell'amministratore portatore di un interesse in una determinata operazione, per conto proprio o di terzi, di darne notizia agli altri amministratori ed al collegio sindacale. Ai fini dell'obbligo di *disclosure*, rileva "ogni interesse", di natura economica, morale o personale, e non solo l'interesse dell'amministratore in conflitto con quello della società. L'amministratore deve, inoltre, precisare "la natura, i termini, l'origine e la portata" dell'interesse di cui è portatore, in modo che gli altri amministratori e il collegio sindacale possano effettuare una corretta valutazione. Sembra evidente che il principio ispiratore della norma sia quello della trasparenza e che, nonostante l'ampiezza della fattispecie – che attribuisce rilievo ad "ogni interesse" e non già al "conflitto di interessi" – ciò che il legislatore ha inteso evitare è l'adozione di delibere consiliari che non rispecchino pienamente l'interesse sociale. In tale contesto, il principio di trasparenza si atteggia a meccanismo di tutela preventiva; tende, infatti, ad evitare che la situazione di conflitto dia corso all'azione in conflitto dell'organo amministrativo.

L'articolo 2391, comma 1 c.c., prevede un obbligo ulteriore per il caso in cui portatore dell'interesse sia l'amministratore delegato: egli dovrà non solo dare notizia dell'interesse, ma anche "astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale". Tale obbligo ulteriore dell'amministratore delegato riguarda, evidentemente, un momento successivo a quello dell'adozione della delibera; attiene, infatti,

all'esecuzione della delibera stessa e, pertanto, non sembra possa incidere in alcun modo sulla validità della delibera collegiale. Resta aperta la questione relativa alle conseguenze dell'inadempimento di tale previsione da parte del delegato. Nel silenzio della legge, si potrebbe ritenere applicabile la disciplina generale in materia di rappresentanza (artt. 1394 - 1395 c.c.)⁷, analogamente a quanto affermato dalla giurisprudenza⁸ in relazione agli atti compiuti *ultra vires* dall'amministratore delegato, in assenza di una previa deliberazione del consiglio di amministrazione. A tal proposito, la citata giurisprudenza ha chiarito come gli artt. 1394 e 2391 c.c. si pongano "*in una relazione di reciproca esclusione, avendo ciascuno un proprio ambito di operatività*". Si è evidenziato inoltre che, nel caso in cui il conflitto d'interesse emerga in fase deliberativa, la tutela offerta alla società può risultare minore, in concreto, rispetto all'ipotesi di contratto concluso dall'amministratore al di fuori di una deliberazione consiliare, nonostante la nozione di "*ogni interesse*" adottata dall'art. 2391 c.c. sia, ovviamente, più ampia della nozione di "*conflitto d'interesse*" contenuta nell'art. 1394 c.c.. Infatti, ove il consiglio di amministrazione deliberi il compimento di una operazione in presenza di un conflitto d'interessi, tale operazione potrà essere annullata solo nel caso in cui sia stata impugnata e dichiarata "*non conforme*" la delibera consiliare sottostante e a condizione che sia provata la mala fede dei terzi coinvolti.

Il rispetto degli adempimenti appena elencati non è tuttavia sufficiente affinché la delibera potenzialmente pregiudizievole sia valida, essendo previsto, inoltre, che la deliberazione del consiglio di amministrazione motivi adeguatamente le ragioni e la convenienza dell'operazione per la società. Tale motivazione deve essere precisata scrupolosamente sia con riferimento al *business* della società, sia rispetto alla specifica operazione societaria. La delibera deve chiarire, inequivocabilmente, che l'interesse dell'amministratore non ha influito in alcun modo sull'*an* e sul *quomodo* dell'operazione. L'obbligo di motivazione sussiste certamente anche nel caso in cui la notizia fornita dall'amministratore non sia corretta o esauriente. In tal caso, però, l'inadeguatezza della notizia può facilmente ripercuotersi sulla motivazione, rendendola inidonea a giustificare il compimento dell'operazione. E' evidente, infatti, che la valutazione dell'interesse dell'amministratore, e del potenziale impatto negativo di esso sull'interesse della società, sarebbe inevitabilmente inficiata da una rappresentazione scorretta o incompleta dell'interesse dell'amministratore.

⁷ Come noto, l'art. 1394 c.c. prevede che "*il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il contratto era conosciuto o riconoscibile dal terzo*", mentre l'art. 1395 c.c. statuisce che "*è annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi. L'impugnazione può essere proposta solo dal rappresentato*".

⁸ Cass. Sez. III, 26 settembre 2005 n. 18792.

L'assenza o insufficienza della motivazione (come d'altronde l'assenza delle altre condizioni indicate ai punti **(i)**, **(ii)** e **(iii)** che precedono) rende impugnabile la delibera potenzialmente dannosa per la società. A tal proposito, è opportuno segnalare come la previsione di una invalidità della delibera consiliare per vizio di motivazione abbia introdotto nel sistema un controllo giudiziale di legittimità sull'adeguatezza della motivazione. Il sindacato sulla motivazione della delibera non potrà naturalmente incidere sulle scelte puramente manageriali degli amministratori, ma dovrà aver ad oggetto la ragionevolezza *ex ante* della motivazione, nonché la sua adeguatezza rispetto alla fattispecie concreta (si faccia il caso, ad esempio, di clausole di stile preconfezionate che affermino apoditticamente l'opportunità e la convenienza dell'operazione).

Ai fini della validità della delibera, sarà poi necessario che la stessa non sia stata assunta con il voto determinate dell'amministratore interessato (c.d. prova di resistenza). Tale previsione trova la sua *ratio* nel principio di economicità dei procedimenti giudiziali, nonché nel contemperamento tra esigenze di tutela ed interesse alla stabilità degli atti societari.

E' appena il caso di segnalare che il termine di decadenza, il *dies a quo* dello stesso e le regole procedurali dell'impugnazione sono quelli generali dettati dall'art. 2388 c.c., mentre si atteggia in modo peculiare la legittimazione attiva: sembra infatti che essa spetti, ricorrendo determinate circostanze, anche agli amministratori che abbiano prestato il loro consenso, non avendo avuto però un quadro sufficientemente esaustivo dell'operazione ai fini del loro giudizio. Si faccia, ad esempio, il caso in cui la violazione della disciplina in tema di interessi degli amministratori consista nel non aver l'amministratore interessato dato notizia alcuna dell'interesse ovvero, più semplicemente, il caso in cui l'informazione fornita non fosse sufficientemente adeguata e completa.

6. Il procedimento di impugnazione

L'art. 2388 c.c., come già accennato, prevede che le delibere dell'organo amministrativo possano essere impugnate dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti, nonché dai soci nel caso in cui siano stati lesi i loro diritti. Rispetto alla legittimazione degli amministratori, esiste peraltro una interpretazione estensiva, che ritiene legittimati ad impugnare le delibere del consiglio anche gli amministratori astenuti (ciò,

in contrasto con il dato letterale che - diversamente da quanto previsto in materia di impugnazione delle delibere assembleari - non fa alcun riferimento a tale categoria di soggetti).

Ancora rispetto alla legittimazione degli amministratori, si noti che, ai fini dell'impugnazione, non è necessario che l'amministratore mantenga tale carica per tutta la durata del procedimento; ben si potrebbe ipotizzare, infatti, il caso in cui la scadenza della carica di amministratore cada proprio durante il procedimento o, addirittura, il caso in cui si revochi l'amministratore subito dopo una determinata deliberazione, proprio al fine di evitare l'impugnazione della stessa. Essenziale è solo la permanenza dell'interesse ad agire in capo all'amministratore, che potrà facilmente riconoscersi nell'intento di evitare un'azione di responsabilità sociale.

In virtù del rinvio espresso all'art. 2378 c.c., che soggiace comunque al limite della compatibilità, il procedimento di impugnazione delle delibere consiliari invalide ex art. 2388 c.c. è regolato in maniera sostanzialmente analoga al procedimento applicabile in materia di impugnazione delle delibere assembleari. Anche nel caso di impugnativa delle delibere consiliari, troveranno applicazione, in quanto compatibili, le seguenti disposizioni procedurali: (i) l'impugnazione viene proposta, con atto di citazione, davanti al tribunale del luogo presso cui la società ha la sua sede; (ii) in ipotesi di pluralità di impugnazioni, queste vanno riunite e decise con un'unica sentenza; (iii) con ricorso depositato contestualmente alla citazione, può essere richiesta la sospensione dell'esecuzione della delibera, che sarà concessa dal presidente del tribunale solo in caso di eccezionale e motivata urgenza.

L'art. 2388 c.c. stabilisce anche il menzionato termine di novanta giorni entro cui l'impugnazione può essere esercitata, individuando il *dies a quo* dello stesso nella data in cui la deliberazione viene adottata. La *ratio* di tale decorrenza del termine deriva dal fatto che sugli amministratori e sui sindaci (cioè, i soggetti legittimati ad impugnare le delibere) incombe il dovere di partecipare alle adunanze del consiglio, nonché il dovere di agire in modo informato. La coincidenza tra il *dies a quo* e la data della deliberazione, senza che rilevi la data di verbalizzazione, trova giustificazione anche nel principio di stabilità: posticipare il decorso del termine di impugnazione della delibera avrebbe il solo effetto di lasciare in sospenso l'effettiva stabilità della deliberazione consiliare per un periodo di tempo troppo lungo.

Sebbene il rinvio all'art. 2377 c.c., contenuto nell'art. 2388 c.c., sia testualmente riferito alla sola impugnazione dei soci lesi nei loro diritti, sembra che determinate previsioni contenute nel predetto art. 2377 c.c. possano trovare applicazione, in generale, all'impugnazione delle delibere consiliari. In particolare, sembra che dalla dichiarazione di invalidità di una deliberazione dell'organo amministrativo discenda: (i) l'obbligo degli amministratori di prendere i provvedimenti conseguenti (si tratta di una sorta di effetto "ripristinatorio", proprio delle invalidità contrattuali); (ii) la salvezza dei diritti acquisiti dai terzi in buona fede, in base ad atti compiuti in esecuzione di una delibera consiliare impugnata e dichiarata invalida o di una delibera impugnata e poi sostituita prima della (eventuale) dichiarazione giudiziale di non conformità; e (iii) l'estensione a tutti i soci degli effetti della dichiarazione di invalidità pronunciata dal giudice. Sembra, inoltre, applicabile il disposto dell'art. 2377, comma 8 c.c. ai sensi del quale *"l'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto"*. Ed infatti, tale previsione è chiara espressione di principi generali applicabili anche all'organo amministrativo: il principio di autotutela (che si fonda sul diritto di revocare proprie manifestazioni negoziali non più rispondenti ai propri interessi), il più volte citato principio di stabilità dell'azione societaria ed i principi di economicità dei procedimenti giudiziali e di cessazione della materia del contendere. A tal proposito, è appena il caso di segnalare che la sostituzione, rilevante ai fini dell'improcedibilità dell'impugnazione e dell'estinzione del relativo procedimento, è esclusivamente quella in cui la nuova delibera faccia cessare tutti gli effetti giuridici di quella precedentemente assunta⁹. Pertanto, il procedimento non si estingue automaticamente, ma prosegue al fine di accertare la validità e l'idoneità della nuova delibera a far cessare integralmente gli effetti della precedente delibera sostituita¹⁰.

7. Invalidità delle deliberazioni consiliari e responsabilità degli amministratori

L'invalidità delle delibere consiliari e la responsabilità degli amministratori costituiscono due categorie giuridiche in un certo senso "complementari" o "alternative". Più precisamente, partendo dal presupposto che entrambe consistono in strumenti predisposti dall'ordinamento per rimediare ad ipotesi di *mala gestio*, si può osservare come tali rimedi siano, a seconda dei casi, cumulativi o esclusivi.

⁹ Si noti che, non essendo specificamente previsto un termine entro il quale la sostituzione debba avvenire, si applicherà il principio generale per cui *"il giudice può, in qualsiasi stato e grado del processo, dare atto d'ufficio della cessazione della materia del contendere intervenuta nel corso del giudizio"* (Cass. 2 agosto 2004, n. 14775).

¹⁰ Si veda, al riguardo, Cass. 4 giugno 2003, n. 8912 che ha rigettato il ricorso di un socio di società cooperativa, il quale si opponeva alla delibera di ratifica della sua esclusione, ritenendo che *"la perdurante efficacia della prima delibera consiliare"* escludesse la configurabilità di un'ipotesi di sostituzione e che l'art. 2377, ultimo comma c.c. *"ipotizza che la nuova delibera non abbia lasciato sopravvivere alcuno degli effetti della delibera sostituita"*.

Vi è, infatti, una responsabilità degli amministratori che si aggiunge alla invalidità della delibera consiliare, talvolta essendone la diretta ed immediata conseguenza, ed una responsabilità degli amministratori che si sostituisce, quale rimedio esclusivo dell'atto di gestione pregiudizievole, alla invalidità della delibera consiliare.

A tal riguardo, è opportuno ritornare, brevemente, sui soggetti legittimati a proporre l'impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione ed individuare, poi, i soggetti legittimati ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. Come noto, ai sensi dell'art. 2388, comma 4 c.c., *“le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti (...)”*, ma *“possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti (...)”*.

D'altro canto, l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (disciplinata dagli artt. 2392 e ss. c.c.) può essere esercitata dall'assemblea, dal collegio sindacale, dai soci *“che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista dallo statuto, comunque non superiore al terzo”* (o, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, dai soci *“che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto”*), dai creditori sociali o dal singolo socio o terzo.

Individuati i soggetti nei confronti dei quali l'ordinamento predispone gli strumenti di tutela dell'impugnazione della delibera consiliare, da un lato, e della responsabilità degli amministratori, dall'altro, si può osservare come taluni di essi (il singolo socio ed il collegio sindacale) possano ricorrere, in presenza degli specifici requisiti previsti dalla legge, ad entrambi i rimedi idonei a tutelare gli interessi di cui sono portatori, mentre altri (terzi, creditori, amministratori assenti o dissenzienti, assemblea dei soci) beneficino di uno strumento di tutela esclusivo.

Volendo esemplificare questa distinzione, si può far riferimento – da un lato – alle delibere lesive dei diritti dei soci ex art. 2388, comma 4, cpv. 2 c.c. e – dall'altro – alle delibere lesive dell'interesse generale dei soci. In particolare, in tema di rimedi per gli atti di amministrazione non conformi ai canoni di diligenza e correttezza, occorre distinguere tra interesse generale dei soci (ad esempio, alla validità delle deliberazioni

consiliari, alla buona gestione da parte degli amministratori, alla valorizzazione della partecipazione, etc.) e interesse particolare del singolo socio (ad esempio, all'esercizio di un diritto di opzione, all'iscrizione nel libro soci ove legittimato, a non essere illegittimamente escluso ex art. 2344 c.c.¹¹, alla congruità del rapporto di cambio nelle ipotesi di fusione di società interamente posseduta, o posseduta al 90%, deliberata dall'organo amministrativo, etc.).

Il singolo socio, i cui diritti individuali siano stati lesi da una delibera del consiglio di amministrazione non conforme alla legge o allo statuto sociale, può impugnare tale delibera e, inoltre, esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (ai sensi dell'art. 2395 c.c.), per ottenere il risarcimento del danno da lui direttamente subito. A tal riguardo, è bene segnalare però l'esistenza di un diverso orientamento, più restrittivo, secondo cui la legittimazione all'impugnazione ex art. 2388, comma 4, cpv. 2 c.c., per effetto del rinvio all'art. 2377 c.c., non spetterebbe al singolo socio *sic et simpliciter*, ma sarebbe condizionata al possesso di un numero di azioni pari al 5% del capitale sociale (o all'uno per mille nelle società quotate), essendo previsto – in caso di possesso di partecipazioni inferiori – esclusivamente il rimedio dell'azione di risarcimento dei danni.

Secondo quest'ultima interpretazione, il singolo socio titolare di una partecipazione inferiore alle soglie di rilevanza previste dall'art. 2377, comma 3 c.c., il quale ritenga che i suoi diritti siano stati lesi da una delibera consiliare, avrebbe a disposizione due rimedi, ma entrambi di contenuto risarcitorio (art. 2377, comma 4 ed art. 2395 c.c.).

Ad onor del vero, in un'ottica logico-sistematica e di compatibilità, sembra difficile giustificare l'esistenza di soglie di rilevanza della partecipazione detenuta, nell'ambito dell'impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione. Con riferimento alle delibere assembleari, la previsione di una partecipazione rilevante in capo al socio legittimato ad impugnare trova la sua *ratio* nella necessità di far prevalere, in generale e salvo contrasti notevoli, la valutazione collegiale e l'interesse sociale come da essa rappresentato; al contrario,

¹¹ Come noto, l'art. 2344 c.c. prevede che "se il socio non esegue i pagamenti dovuti, decorsi 15 giorni dalla pubblicazione di una diffida nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, gli amministratori, se non ritengono utile promuovere azione per l'esecuzione del conferimento, offrono le azioni agli altri soci, in proporzione alla loro partecipazione, per un corrispettivo non inferiore ai conferimenti ancora dovuti. In mancanza di offerte possono far vendere le azioni a rischio e per conto del socio, a mezzo di una banca o di un intermediario autorizzato alla negoziazione in mercati regolamentati. Qualora la vendita non possa aver luogo per mancanza di compratori, gli amministratori possono dichiarare decaduto il socio, trattenendo le somme riscosse, salvo il risarcimento dei maggiori danni. Le azioni non vendute, se non possono essere rimesse in circolazione entro l'esercizio in cui fu pronunciata la decadenza del socio moroso, devono essere estinte con la corrispondente riduzione del capitale. Il socio in mora nei versamenti non può esercitare il diritto di voto".

rispetto alle delibere del consiglio di amministrazione, lo strumento dell'impugnazione è attribuito al socio *uti singuli*, solo ed esclusivamente nel caso in cui egli abbia subito un danno in relazione ai propri diritti individuali. Il socio che propone l'impugnazione ai sensi dell'art. 2388, comma 4 c.c. non lo fa in quanto portatore di interessi della società, ma in quanto titolare di diritti individuali. Pertanto, sarebbe piuttosto illogico limitare la tutela di tali diritti individuali al caso in cui il socio detenga una partecipazione "rilevante".

Forse, l'applicazione delle soglie *ex art. 2377 c.c.* all'impugnazione di delibere consiliari potrebbe affermarsi con riferimento specifico alle sole competenze del consiglio di amministrazione c.d. "delegate", ovvero quelle originariamente attribuite *ex lege* all'assemblea. Rispetto a tali deliberazioni, esiste infatti un ulteriore interesse meritevole di tutela: l'interesse ad una uniformità dei rimedi previsti in circostanze pienamente equiparabili. Peraltro, in tale ipotesi, l'impugnazione della delibera consiliare da parte del socio sembra doversi integralmente modulare sulla disciplina prevista dagli artt. 2377 e 2379 c.c. per l'impugnazione delle delibere assembleari. Quindi, la legittimazione del socio risulterebbe, dal lato soggettivo, circoscritta all'ipotesi di titolarità di una partecipazione rilevante e, dal lato oggettivo, estesa ad ogni delibera contraria alla legge ed allo statuto (e non limitata al caso di lesione di diritti individuali).

Salvo il caso delle competenze consiliari delegate, ai soci è invece preclusa l'impugnativa delle delibere del consiglio di amministrazione che violino l'interesse sociale o l'interesse generale dei soci. In tale contesto, il legislatore ha evidentemente dovuto effettuare un contemperamento tra i contrapposti interessi: (i) di tutela dell'interesse generale dei soci e della società e (ii) di stabilità e certezza dell'azione societaria. All'esito di tale bilanciamento, l'interesse alla stabilità degli atti societari risulta salvaguardato dalla impossibilità per i soci (salva la menzionata ipotesi di pregiudizio ai diritti individuali) di impugnare le delibere del consiglio di amministrazione. L'interesse sociale e l'interesse generale dei soci, peraltro, non risultano pregiudicati. L'attribuzione del compito di rimuovere le delibere consiliari pregiudizievoli ai titolari della funzione di gestione (amministratori assenti o dissenzienti) e di controllo (collegio sindacale) sembra, infatti, sufficientemente efficace rispetto agli obiettivi di tutela, oltre che coerente con il sistema. I soci, peraltro, se in virtù di tale disciplina sono fortemente limitati nella capacità di interferire con le politiche di gestione attuate dagli amministratori, mantengono pur sempre intatti gli strumenti di tutela dell'azione di responsabilità sociale *ex art. 2393, comma 1 c.c.* e della revoca degli amministratori *ex art. 2383, comma 3 c.c.*

Sembra così scongiurato il rischio di una eccessiva ingerenza da parte dei soci nella gestione dell'impresa che, come incisivamente affermato dall'art. 2380-bis c.c., *“spetta esclusivamente agli amministratori”*. Ulteriore effetto positivo della suddetta disciplina sembra essere una maggiore responsabilizzazione degli amministratori e dei sindaci che, nella maggior parte delle ipotesi, sono gli unici a poter impugnare le delibere del consiglio di amministrazione.

L'accennata responsabilizzazione del *management* deriva anche dal fatto che gli amministratori sono effettivamente esposti ad un elevato rischio di azioni di responsabilità, riconducibili, in vario modo, all'adozione, da parte del consiglio, di una delibera viziata.

Da un punto di vista generale, l'impugnazione di una delibera invalida potrebbe innanzitutto configurarsi come dovere dell'amministratore in relazione al canone di diligenza professionale. Come noto, il comportamento degli amministratori deve infatti essere connotato, dal punto di vista soggettivo, dalla diligenza professionale, elemento pregnante della buona amministrazione. E la considerazione di tale elemento soggettivo potrebbe sicuramente condurre a ritenere dovuta l'impugnazione di una delibera viziata da parte dell'amministratore che sia (o dovrebbe essere) a conoscenza del vizio.

In secondo luogo, è lo stesso sistema della responsabilità degli amministratori che sembra far implicitamente riferimento al dovere dell'amministratore di impugnare la delibera consiliare pregiudizievole per la società. Invero, l'amministratore assente o dissenziente, consapevole del danno derivante alla società dalla delibera viziata, e dunque esposto al rischio di responsabilità solidale, potrebbe risultare esonerato da tale vincolo solidale in virtù dell'impugnazione proposta avverso la delibera stessa.

Il principio della solidarietà, sancito espressamente dall'art. 2392, comma 2 c.c., è infatti temperato dalla sicura riconducibilità della responsabilità degli amministratori ad un modello di responsabilità per fatto proprio e per colpa propria. Sono una chiara espressione di tale temperamento sia il citato comma 2 dell'art. 2392 c.c., ai sensi del quale *“in ogni caso gli amministratori (...) sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”*, sia il successivo comma 3, che prevede l'esonero dalla responsabilità in favore dell'amministratore *“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”.

Alla luce del delineato sistema, è evidente come l'amministratore, pur dissenziente o assente, non possa evitare il coinvolgimento nella responsabilità del consiglio di amministrazione, ove – potendo impugnare la delibera pregiudizievole – rimanga inerte. Verosimilmente il legislatore, quando usa l'espressione “*non hanno fatto quanto potevano*”, fa riferimento proprio all'impugnazione delle delibere viziate, strumento principe nelle mani degli amministratori che intendano evitare o limitare le conseguenze dannose derivanti dagli atti dell'organo collegiale.

Per altro verso, l'applicazione al caso concreto del principio per cui gli amministratori devono sempre perseguire l'interesse sociale potrebbe condurre i titolari della funzione gestoria a scegliere di non impugnare una determinata delibera consiliare, pur assunta in violazione della legge o dello statuto e pregiudizievole per la società.

Potrebbe, infatti, immaginarsi il caso in cui i danni potenzialmente derivanti dalla impugnazione della delibera viziata siano maggiori di quelli direttamente conseguenti alla delibera stessa. In tale contesto, gli amministratori sono tenuti ad effettuare valutazioni molto delicate, considerando anche gli effetti che un procedimento di impugnazione può determinare per la società, ad esempio con riferimento al danno di immagine e al pregiudizio per la credibilità della società sul mercato (aspetti particolarmente rilevanti, soprattutto per le società quotate). Si tratta di un terreno sicuramente insidioso per gli amministratori, i quali potrebbero indubbiamente subire azioni sociali di responsabilità fondate sull'impugnazione da loro promossa, in modo non diligente o addirittura pretestuoso o strumentale, avverso una delibera consiliare pur viziata.

Uno specifico caso in cui all'amministratore che intende impugnare una delibera del consiglio può essere richiesto di compiere un'attenta valutazione del caso concreto, anche da un punto di vista prospettico, è quello dell'impugnazione della delibera per violazione della disciplina sugli interessi degli amministratori. Infatti, il requisito della potenzialità del danno, sancito espressamente dal comma 3 dell'art. 2391 c.c., da un lato, legittima l'amministratore a promuovere l'impugnativa in presenza del solo *periculum* di danno – e quindi sulla base di una valutazione *ex ante* – dall'altro, proprio per questo, lo pone in condizione di dover

operare la sua scelta con molta cautela. L'amministratore dovrà considerare i costi e gli eventuali pregiudizi per la società derivanti dall'impugnazione, nonché effettuare un giudizio prognostico sulla concreta possibilità che il danno temuto si verifichi, anche alla luce del fatto che, ove in corso di giudizio dovesse essere accertato che il danno temuto non si è verificato (e non si verificherà), la delibera non verrebbe certamente annullata.

Tornando alla prospettiva della cumulabilità o alternatività dei rimedi alla *mala gestio*, si può notare come sussistano ipotesi in cui i due rimedi dell'impugnazione della delibera e della responsabilità degli amministratori possono coesistere, in relazione ad uno stesso fatto pregiudizievole, anche per via dell'attivazione di rimedi diversi ad opera di soggetti diversi.

E' utile, ancora una volta, prendere ad esempio l'ipotesi di una delibera del consiglio di amministrazione assunta in violazione della disciplina relativa agli interessi degli amministratori. L'invalidità delle delibere e la responsabilità degli amministratori, conseguenti alla violazione delle disposizioni sugli interessi di questi ultimi, sono disciplinate in modo parzialmente diverso rispetto alla disciplina generale, di cui agli artt. 2388 c.c. per l'invalidità e 2392 c.c. per la responsabilità.

Con riferimento alla invalidità, si noti che soggetti legittimati all'impugnazione, prevista dall'art. 2391, comma 3 c.c. con norma speciale rispetto all'art. 2388 c.c., sono solo il collegio sindacale e gli amministratori assenti o dissenzienti¹², i quali possono impugnare la delibera adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato o comunque pregiudizievole per la società. Il novero dei legittimati non comprende quindi i soci. E' appena il caso di segnalare, d'altro canto, che proprio in virtù del principio di specialità – che regola i rapporti tra le norme degli artt. 2388, comma 4 e 2391, comma 3 c.c. – allorché la delibera consiliare non fosse impugnabile ex art. 2391, comma 3 c.c. (per mancanza di taluno dei requisiti previsti dalla norma), potrebbe comunque esserlo ai sensi dell'art. 2388 c.c. Tralasciando quest'ultima considerazione, in un'ottica di cumulabilità dei rimedi, merita considerazione il fatto che all'impugnazione ex art. 2391, comma 3 c.c., si aggiunge l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore interessato (ed eventualmente dell'amministratore consapevole, ma inerte) che abbia così cagionato, o cagioni nelle more del giudizio di impugnazione, un pregiudizio alla società, ai creditori sociali o ai terzi.

¹² Si noti che, secondo l'accennata interpretazione estensiva, la legittimazione spetta anche gli astenuti, nonché agli amministratori che abbiano prestato il loro consenso nello specifico caso in cui la violazione consista nel non aver l'amministratore interessato dato notizia alcuna del proprio interesse.

Con riferimento alla responsabilità verso la società, l'art. 2391, comma 4 c.c. prevede espressamente, con altra norma speciale, stavolta rispetto alla norma generale dell'art. 2392, comma 1 c.c., che *“l'amministratore risponde dei danni derivanti alla società dalla sua azione od omissione”*. In virtù di tale disposizione, si deve ritenere che il parametro di responsabilità relativo alla violazione della disciplina sugli interessi degli amministratori, sia più rigido di quello generale adottato nel sistema dell'art. 2392 c.c. Infatti, l'accertamento ai fini della responsabilità ex art. 2391, comma 4 c.c. ha ad oggetto esclusivamente (i) la condotta in violazione dell'art. 2391, comma 1 c.c., (ii) il danno alla società e (iii) il nesso causale tra la condotta ed il danno. Non rileva, invece, il canone della diligenza professionale previsto dall'art. 2392, comma 1 c.c., con evidente alleggerimento dell'onere probatorio in capo ai titolari dell'azione di responsabilità sociale (assemblea, soci di minoranza e collegio sindacale).

Per quanto riguarda, invece, la responsabilità verso i creditori sociali, verso i terzi o verso il singolo socio leso nei suoi diritti individuali, la responsabilità degli amministratori rimane disciplinata dalle disposizioni generali di cui agli artt. 2394 e 2395 c.c. ed è perfettamente cumulabile con la responsabilità ex art. 2391, comma 4 c.c..

In conclusione, in presenza di una violazione inerente la disciplina degli interessi degli amministratori, potrebbero in astratto essere attivati, da soggetti diversi e portatori di interessi diversi, molteplici strumenti di tutela riconducibili alle categorie rimediale dell'impugnazione e della responsabilità (impugnazione ex art. 2391, comma 3 c.c.; azione di responsabilità sociale ex art. 2391, comma 4 c.c.; azione di responsabilità proposta dai creditori sociali ex art. 2394 c.c.; azione di responsabilità individuale del socio o del terzo ex art. 2395 c.c.).

8. Gli amministratori assenti e dissenzienti: legittimità dell'impugnazione

Tra i soggetti legittimati ad impugnare le delibere del consiglio di amministrazione assunte in violazione della legge o dello statuto, occupano un ruolo particolare gli amministratori assenti o dissenzienti. Senza ripetere quanto già accennato in merito alle peculiarità che riguardano l'impugnazione degli amministratori assenti e dissenzienti, è bene ora soffermarsi brevemente sul tema della legittimità dell'impugnazione da parte di tali soggetti.

Come noto, il principio di legittimità limita la portata dei diritti astrattamente attribuiti dall'ordinamento, in modo da escludere che un soggetto formalmente legittimato possa esercitare un proprio diritto abusivamente. In altri termini, le modalità concrete di esercizio dei diritti devono sempre uniformarsi ai principi generali dell'ordinamento e, in particolare, ai principi di lealtà, di buona fede e di conformità alla *ratio* ispiratrice delle norme attributive dei diritti.

Nel contesto specifico delle impugnazioni di delibere consiliari, il principio di legittimità si atteggia a correttivo della legittimazione formalmente attribuita da specifiche disposizioni di legge. Sembra possibile, infatti, che un soggetto, astrattamente legittimato a proporre l'impugnazione di una delibera del consiglio di amministrazione, perda in concreto tale potere per via di particolari circostanze di fatto che rendono evidente l'intento pretestuoso o strumentale dell'impugnazione.

Si faccia il caso, ad esempio, di un consiglio di amministrazione in cui, con il consenso di tutti gli amministratori, sia invalsa una prassi consolidata di intenzionale disapplicazione delle regole di funzionamento del collegio (*i.e.*, convocazione mediante mero accordo verbale, mancato rispetto dei *quorum* costitutivi e deliberativi, etc.).

In un tale contesto, l'impugnazione di una delibera consiliare (*ex art.* 2388 c.c.), da parte di un amministratore dissenziente o assente, fondata esclusivamente sulla irregolarità della convocazione del consiglio o su una qualsiasi violazione di natura procedimentale riconducibile alla prassi condivisa da tutti gli amministratori, potrebbe essere ritenuta inammissibile in quanto illegittima. Potrebbe, infatti, essere validamente sostenuto che la *ratio* della norma attributiva del potere di impugnazione sarebbe, nel caso di specie, del tutto frustrata, non potendo uno strumento di tutela dell'interesse sociale divenire strumento di tutela di interessi personali.

A base di una simile conclusione si potrebbe, da un lato, sostenere la carenza di interesse ad agire da parte dell'amministratore. Spesso la carenza di interesse ad agire viene utilizzata, infatti, come mezzo per "combattere" impugnazioni pretestuose o contraddittorie rispetto alle condotte anteriori del medesimo impugnante: nel caso ipotizzato, l'amministratore impugnante pretenderebbe il rispetto di quelle regole procedimentali di funzionamento del consiglio che, con la sua condotta anteriore, ha dimostrato di ritenere irrilevanti.

In aggiunta, tale conclusione potrebbe essere ulteriormente avvalorata ove si consideri che l'ipotesi sopra descritta costituisce una palese violazione dei principi di buona fede e correttezza, resa ancor più grave dalla natura fiduciaria del rapporto organico che lega gli amministratori alla società. Risulta piuttosto evidente che l'impugnazione proposta dall'amministratore riveli, in realtà, un intento fraudolento allorché il vizio sia dedotto in modo strumentale e non al fine di tutelare l'interesse sociale.

Tale condotta abusiva dell'amministratore, atteso il carattere dovuto della sua attività e l'obbligo di perseguire l'interesse sociale, potrebbe essere ricondotta alla fattispecie dell'eccesso di potere, che determina l'opponibilità dell'*exceptio doli generalis* al soggetto che promuove l'impugnazione. La lettura proposta appare, infine, idonea a garantire un corretto bilanciamento tra i contrapposti interessi sociali alla legalità, da un lato, ed alla stabilità dell'azione societaria, dall'altro.