



L'astensione dal voto dell'amministratore di società per azioni in conflitto di interessi da dovere a diritto

GIUSEPPE FERRI JR

Professore ordinario di Diritto commerciale

Università di Roma Tor Vergata

giuseppe.ferri@uniroma2.it

ABSTRACT

L'attuale disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni solleva una pluralità di problemi derivanti dalla difficile coesistenza tra la scelta di far venire meno l'espressa previsione del dovere di astensione dal voto dell'amministratore titolare dell'interesse e quella di continuare a considerare invalida, purché idonea ad arrecare danno alla società, la deliberazione adottata con il voto rilevante di costui: il lavoro tenta di superare la potenziale contraddizione tra un voto, quello dell'amministratore in conflitto di interessi, apparentemente lecito e, allo stesso tempo, almeno potenzialmente invalido osservando che l'astensione dal voto, originariamente doverosa, è nel tempo divenuta lecita.



DOI: <https://doi.org/10.13130/milanlawreview/16471>

Parole chiave: società per azioni; conflitto di interessi; dovere di astensione; invalidità della delibera

The current regulation of the conflict of interests in corporations raises a number of issues arising from the difficult coexistence between, on the one hand, the choice of eliminating the express provision of the duty to abstain from voting by the administrator holding the interest, and, on the other hand, that of considering invalid the resolution adopted with his relevant vote, given its potential damage to the company. This paper attempts to overcome the potential contradiction between a vote, that of the administrator in conflict of interest, apparently lawful and, at the same time, at least potentially invalid, by observing that abstention from voting, originally a duty, has over time become lawful.

Keywords: corporations; conflict of interest; duty of abstention; invalid resolution

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo
Peer reviewed article (double-blind)*

L'astensione dal voto dell'amministratore di società per azioni in conflitto di interessi da dovere a diritto*

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo e la sua evoluzione. – 2. Il dovere di astensione. – 3. Potere di voto e invalidità della deliberazione consiliare. – 4. Il diritto di astensione.

1. Il quadro normativo e la sua evoluzione.

Come è noto, mentre l'originario art. 2391 c.c. disciplinava esclusivamente il caso in cui l'amministratore di società per azioni risultasse portatore "*in una determinata operazione*" di un "*interesse in conflitto con quello della società*", imponendo a costui il dovere di darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale e, soprattutto, di "*astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa*", l'attuale versione della medesima disposizione da un lato presenta, almeno stando alla lettera della legge, un ambito di applicazione più ampio, volgendosi a regolare, in generale, come appare evidente fin dalla rubrica, ogni ipotesi in cui l'amministratore abbia un qualche "*interesse... in una determinata operazione della società*" (co. 1): indipendentemente dal fatto che esso risulti in conflitto con quello della medesima società; dall'altro, oltre a puntualizzare e ad arricchire il contenuto degli obblighi di informazione nei confronti degli altri amministratori e dell'organo di controllo (co. 1, prima parte), introducendo peraltro un inedito onere di motivazione della deliberazione del consiglio (co. 2), più non prevede alcun dovere generalizzato di "*astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa*": limitandosi a disporre, ma solo "*se si tratta di amministratore delegato*", che costui "*deve astenersi dal compiere l'operazione*" ed investire "*della stessa l'organo collegiale*" (co. 1, seconda parte).

A fronte di questo quadro normativo, si tratta allora di ricostruire la complessiva disciplina del voto degli amministratori di società per azioni in relazione alla deliberazione avente ad oggetto un'operazione nella quale risultino portatori di un interesse: ed è appunto a siffatto problema che sono dedicate le seguenti riflessioni.

Al fine di precisare e di circoscrivere i termini della questione, appare opportuno muovere da alcune considerazioni preliminari.

In via del tutto generale, deve in primo luogo registrarsi la tendenza, assai diffusa in dottrina, a circoscrivere l'ambito di applicazione della norma, e ciò sotto due profili: per un verso, infatti, se ne delimita l'operatività alle ipotesi in cui l'interesse di cui è portatore l'amministratore, oltre a superare determinate soglie

* Nel ricordo di Francesco Giorgianni

di rilevanza ⁽¹⁾, quantomeno non risulti del tutto coincidente con quello della società ⁽²⁾, se non anche si giunge ad affermare che, pure a seguito dell'avvenuta riformulazione della norma, l'unica situazione presa in considerazione dalla legge continua ad essere, pur sempre, quella di un vero e proprio conflitto di interessi tra amministratore e società ⁽³⁾; mentre, per altro verso, si puntualizza che la norma in esame risulta applicabile solo in ordine ad operazioni di gestione ⁽⁴⁾: ad esclusione, allora, delle decisioni meramente organizzative ⁽⁵⁾.

Parimenti riduttiva, e sotto un duplice profilo, risulta l'interpretazione dell'espresso dovere di astensione previsto, come ricordato, a carico dell'amministratore delegato (co. 1, seconda parte): per un verso, infatti, si è soliti riferire siffatto dovere non già a tutte le operazioni gestorie, ma solo a quelle che rientrano nella delega ⁽⁶⁾, come dimostra l'ulteriore obbligo di "investire" della questione l'intero consiglio; per altro verso, in ordine a siffatte operazioni, all'amministratore delegato non risulta (più) preclusa, come prevedeva l'originario art. 2391 c.c., la partecipazione "alle deliberazioni riguardanti l'operazione

(1) Sul punto, v. D. MAFFEIS, *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1053 ss., spec. 1063 ss.; M. VENTORUZZO, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, Artt. 2380-2396 c.c., Milano 2005, sub art. 2391, 423 ss., spec. 440 ss.; G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, *Assemblea – Amministrazione*, Napoli 2006, 581 ss., spec. 588 ss.; L. SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 755 ss., spec. 757 ss.; L. ENRIQUES, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Della società. Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, artt. 2379-2351, Torino 2015, sub art. 2391, 334 ss., spec. 335.

(2) E v. L. ENRIQUES, sub art. 2391, cit., 335 ss.; M. MOZZARELLI, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, a cura di M. Campobasso, V. Cariello, U. Tombari, Tomo I, Milano 2016, sub art. 2391, 1340 ss., spec. 1345, e, sostanzialmente, D. MAFFEIS, *Il "particolare rigore"*, cit., 1066 ss., testo e nota 41, e 1078.

(3) In questo senso, v. G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 587 ss.; F. GIORGIANNI, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. d'Alessandro, Vol. II, Tomo 2, Padova 2010, sub artt. 2391 e 2391-bis, 116 ss., spec. 122; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a. e dovere di fedeltà: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 149 ss., spec. 164 ss.

(4) Quale, tra l'altro, quella relativa alla fissazione del compenso a titolo di remunerazione per speciali cariche ai sensi dell'art. 2389, co. 3, c.c.: vedi infatti, G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 589 ss.

(5) E v. G. GUIZZI, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Vol. II, Napoli 2008, sub art. 2391, 652 ss., spec. 655: in senso diverso, v. L. ENRIQUES, sub art. 2391, cit., 336.

(6) Lo precisa G. GUIZZI, sub art. 3291, cit., 662, e, più di recente, ID., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione di s.p.a.*, Milano 2014, 36: nello stesso senso, v. M. VENTORUZZO, sub art. 2391, cit., 467; L. SAMBUCCI, *Gli interessi*, cit., 777.

stessa", e cioè la legittimazione ad esprimere il diritto di voto nell'ambito dell'organo collegiale, bensì, e soltanto, il "compimento" della medesima: al punto che l'amministratore delegato, il quale, dopo essersi astenuto dal compiere l'operazione nella quale risulta portatore di un interesse, abbia investito l'organo collegiale, risulta comunque legittimato a partecipare, attraverso il voto, alla deliberazione consiliare avente ad oggetto l'operazione in esame (7).

Al di là di questi limiti, e comunque in sede di approvazione consiliare, la circostanza che l'amministratore interessato sia quello delegato non sembra assumere, sotto questo profilo, alcuna rilevanza, trovando anche a costui applicazione la disciplina dettata, in generale, dall'art. 2391 c.c. in tema di interessi degli amministratori, alla quale si tratta adesso di rivolgere l'attenzione: al fine di verificare se possa dirsi effettivamente venuto meno, all'esito della riforma organica, il divieto generalizzato di voto di cui all'originaria versione della norma.

2. Il dovere di astensione.

In realtà, se la dottrina pressoché unanime (8) fa discendere dall'avvenuta eliminazione dell'originaria disposizione che prevedeva espressamente l'obbligo di astensione la conseguenza che, nel sistema attuale, l'amministratore non sarebbe mai tenuto ad astenersi dal partecipare alla deliberazione del consiglio di amministrazione avente ad oggetto l'operazione nella quale vanta un interesse (se del caso confliggente con quello della società), non mancano, tuttavia, voci autorevoli (9) che, pur nel silenzio della legge, ritengono tuttora sussistente un vero e proprio obbligo di astensione dal voto a carico dell'amministratore interessato:

(7) E v. infatti M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 467; F. GIORGIANNI, *sub artt. 2391 e 2391-bis*, cit., 127; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a.*, cit., 168; M. MOZZARELLI, *sub art. 2391*, cit., 1349.

(8) In questo senso, v., per tutti, N. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, 47 ss., spec. 51; V. MELI, *La disciplina degli interessi di amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, 155 ss.; D. MAFFEIS, *Il "particolare rigore"*, cit., 1064 ss., testo e nota 33, e 1069, nota 45; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 425 ss., testo e nota 5, e 484 ss., testo e nota 150, e 487 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori – Profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 661 ss., spec. 674; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 595; P.M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 2, 439 ss., spec. 481 ss., testo e nota 162; R. SANTAGATA, *Interlocking directorates ed "interessi degli amministratori" di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, 310 ss., spec. 329 ss., nota 38 e testo corrispondente; F. GIORGIANNI, *sub artt. 2391 e 2391-bis*, cit., 123 ss.; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a.*, cit., 166 ss.; L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, cit., 338 ss.; M. MOZZARELLI, *sub art. 2391*, cit., 1349.

(9) Si allude a G. GUIZZI, *sub art. 3291*, cit., 653, 657 ss., 660 e 662 ss., e, più diffusamente, ID., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, cit., 36 ss., testo e note 34 (ove riferimenti comparatistici in senso conforme, e v., più in generale, per un quadro delle esperienze di altri ordinamenti, M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 431 ss.), 36 e 39, seguito da L. SAMBUCCI, *Gli interessi*, cit., 669 ss., spec. 773.

una conclusione, questa, che si ricaverebbe, seppur implicitamente, dall'ulteriore regola, contenuta anch'essa nell'art. 2391 c.c., secondo la quale le *"deliberazioni del consiglio... adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato... qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale"* (co. 3), oltre che dal riferimento alla responsabilità dell'amministratore per comportamenti non solo omissivi, ma anche commissivi, allora posti in essere in violazione di un obbligo a contenuto negativo, come appunto sarebbe a dirsi di quello di astensione (co. 4). Più precisamente, secondo l'impostazione in esame, la partecipazione alla deliberazione dell'amministratore interessato sarebbe di per sé, ed in ogni caso, sufficiente a rendere invalida la relativa deliberazione, anche, si noti, nell'ipotesi in cui il suo voto non risulti determinante o essa non sia nemmeno potenzialmente dannosa: circostanze, queste, la mancanza delle quali varrebbe unicamente a far venir meno l'interesse ad agire, e cioè a precludere l'impugnazione di una deliberazione di per sé pur sempre invalida.

Pur avendo tale tesi l'indubbio merito di mettere in luce che, ai fini della ricostruzione della complessiva posizione dell'amministratore interessato, non ci si può limitare a prendere atto dell'avvenuta soppressione di un espresso obbligo di astensione, ma si deve tenere in considerazione anche la citata disciplina dell'invalidità, appare difficile sostenere che, nonostante le profonde modificazioni del dato normativo, sull'amministratore interessato continui a gravare un obbligo generalizzato di astenersi dal partecipare, attraverso l'esercizio del potere di voto, alla deliberazione concernente la relativa operazione.

Di là dalla considerazione che, già da un punto di vista operativo, un esito siffatto appare eccessivo in un sistema, come quello attuale, nel quale ad assumere rilevanza non è più soltanto la presenza di un conflitto di interessi, ma, almeno letteralmente, la sussistenza di un qualsiasi interesse nell'operazione, si consideri che, così facendo, non ci si limiterebbe ad accedere ad una interpretazione sostanzialmente abrogativa dell'avvenuta abrogazione della disposizione che prevedeva un tale obbligo in via espressa; ma si finirebbe per giungere alla conclusione, per certi versi contro-intuitiva, e comunque in contrasto con le (presumibili) intenzioni del legislatore, che, nonostante siffatta abrogazione, nel sistema attuale l'obbligo di astensione non soltanto sarebbe tuttora in vigore, ma presenterebbe una sfera di applicazione addirittura più ampia di quella originaria: tale cioè da operare anche in ordine ai portatori di interessi nell'operazione non confliggenti con quello della società.

D'altra parte, si deve segnalare la sopravvenuta introduzione, all'art. 53, co. 4, t.u.b., e all'art. 6, co. 2 *novies*, t.u.f., della regola ai sensi della quale gli amministratori delle banche e, rispettivamente, degli intermediari finanziari, *"fermi restando gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, del codice civile, si astengono dalle deliberazioni in cui abbiano un interesse in conflitto, per conto proprio o di terzi"*: una regola, questa, ora sostanzialmente riprodotta in materia di operazioni

con parti correlate nell'art. 2391 *bis*, co. 3, lett. c), c.c., che in realtà conferma la mancata operatività, in generale, di un obbligo siffatto.

3. Potere di voto e invalidità della deliberazione consiliare.

Sembra in definitiva doversi comunque riaffermare, con la dottrina dominante, il venir meno di un generalizzato obbligo di astensione in capo all'amministratore interessato, il quale potrà, in ogni caso, esprimere il proprio voto in ordine alla relativa deliberazione consiliare: una conclusione, questa, che, lungi dal chiudere ogni questione, richiede di dar conto della regola, con la prima almeno apparentemente contraddittoria, che, nei termini sopra ricordati, continua a considerare il voto decisivo, e dunque marginale, dell'amministratore interessato come un presupposto necessario, per quanto di per sé non sufficiente (se non accompagnato dalla potenzialità dannosa), ai fini dell'impugnazione della deliberazione del consiglio.

In realtà, così come la tesi dominante ⁽¹⁰⁾ non sembra prendere nella dovuta considerazione che è solo il voto determinante dell'amministratore interessato a rendere impugnabile la deliberazione che risulti potenzialmente dannosa, allo stesso modo, e parallelamente, la tesi minoritaria mostra di sottovalutare la circostanza che la deliberazione adottata con il voto determinante di costui è impugnabile solo qualora essa sia inoltre potenzialmente dannosa: per giungere a quest'ultimo esito, tuttavia, si finisce, come detto, per considerare non soltanto la potenzialità dannosa, ma lo stesso carattere determinante del voto, come elementi richiesti al fine diverso, ed ulteriore, di integrare gli estremi di quell'interesse ad agire in assenza del quale la deliberazione, per quanto invalida, non sarebbe comunque impugnabile ⁽¹¹⁾; un ruolo siffatto, deve notarsi, forse può ancora riconoscersi, seppure con difficoltà, alla potenzialità dannosa, in assenza della quale potrebbe considerarsi assente al più l'interesse ad agire, non anche il carattere determinante del voto, dal momento che appare arduo sostenere che l'interesse ad impugnare una deliberazione pur sempre potenzialmente, se non anche concretamente, dannosa venga meno per il solo fatto che il voto dell'amministratore interessato non sia stato determinante ai fini della sua adozione.

Appare invece preferibile, e nel complesso più lineare, da un lato ritenere la deliberazione non impugnabile per ciò solo, e necessariamente, valida, e dall'altro ricollegare l'impugnabilità, e dunque l'invalidità, della *deliberazione* prevista dall'art. 2391, co. 3, c.c., a quella del *voto* dell'amministratore interessato: a ciò convince la considerazione che, per quanto potenzialmente dannosa, la deliberazione approvata con il voto favorevole dell'amministratore interessato

⁽¹⁰⁾ Ma v., sottolineando opportunamente il punto, P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 482 ss., nota 162.

⁽¹¹⁾ E v. G. GUIZZI, *sub art. 3291*, cit., 658 e 660, e, più di recente, ID., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, cit., 41 ss.

risulta impugnabile, e dunque invalida, unicamente nell'eventualità in cui il voto di costui sia inoltre risultato determinante, secondo il principio generale, del quale la regola dettata, in materia di deliberazioni assembleari, dall'art. 2377, co. 5, n. 2, c.c., rappresenta soltanto una specifica espressione, secondo il quale l'invalidità di un (singolo) voto in tanto si risolve in un vizio del procedimento, e dunque della deliberazione alla quale esso mette capo, in quanto abbia alterato la formazione della maggioranza, in quanto si tratti, cioè, di un voto "marginale".

In questa prospettiva, allora, per un verso l'invalidità del voto prescinde del tutto dal suo carattere marginale, collocandosi in una dimensione logica e cronologica diversa ed anteriore: non soltanto, infatti, il voto resta invalido anche se non risulti determinante, ma è unicamente in ordine ai voti invalidi che ha senso chiedersi, ai fini di verificarne l'incidenza sulla validità della deliberazione, se essi siano stati inoltre determinanti per la sua approvazione; per altro verso, di invalidità del voto ha senso parlare solo nell'eventualità in cui esso, sempre che risulti determinante, comporti l'impugnabilità, e dunque l'invalidità, della relativa deliberazione: dal momento che, come detto, nello specifico caso in esame, la legge a tal fine richiede che quest'ultima sia almeno potenzialmente dannosa per la società, può concludersi nel senso che il voto dell'amministratore interessato ad una determinata operazione, marginale o meno che sia, espresso a favore della relativa deliberazione risulta invalido non già in ogni caso, ma solo qualora questa sia in grado, anche se solo potenzialmente, di arrecare un danno alla società.

Oltre che *invalido*, del resto, un voto siffatto deve ritenersi per ciò solo *vietato*: il che val quanto dire che, ferma restando la generale vigenza del divieto, operante nei confronti di tutti gli amministratori, di danneggiare la società, all'amministratore interessato, e, si noti, soltanto a costui, è fatto inoltre divieto di esprimere un voto favorevole a deliberazioni anche solo potenzialmente dannose relative ad operazioni nelle quali risulti portatore di un interesse ⁽¹²⁾, del tutto indipendentemente dal fatto, in vero accertabile solo nel momento, successivo, del conteggio dei voti di tutti i presenti, che esso risulti o meno determinante ⁽¹³⁾.

4. Il diritto di astensione.

Sulla base di queste premesse, i termini del problema in esame si prestano ad essere meglio precisati: si tratta cioè di verificare la ragione per la quale il voto dell'amministratore interessato, pur dovendo, in assenza di un obbligo di astensione, ritenersi in ogni caso *legittimamente espresso*, possa risultare, ciononostante, di per sé *invalido*, e dunque *vietato*, qualora favorevole all'approvazione di una deliberazione potenzialmente pregiudizievole, nonché,

⁽¹²⁾ In questa prospettiva, v. R. SANTAGATA, *Interlocking directorates*, cit., 331.

⁽¹³⁾ Lo precisa G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, cit., 39 ss., testo e nota 36, seguito da D. MAFFEIS, *Il "particolare rigore"*, cit., 1071, nota 48; in senso diverso, v. N. SALANITRO, *Gli interessi*, cit., 52 ss.; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 485 ss., nota 152; P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 481 nota 160.

ma solo in quanto marginale, idoneo a rendere invalida l'intera deliberazione consiliare.

Di là da ogni valutazione in ordine alla coerenza, quantomeno dubbia, dell'intervento del legislatore della riforma organica, e sulla conseguente ambiguità della disciplina in tale occasione introdotta ⁽¹⁴⁾, questa apparente contraddizione sembra potersi superare precisando la funzione e la portata della scelta di abrogare la previsione espressa della regola che imponeva all'amministratore di astenersi dal partecipare all'adozione delle deliberazioni relative ad operazioni in cui risultava portatore di un interesse in conflitto con quello della società: scelta che, se da un lato ha effettivamente comportato, come detto, il venir meno dell'originario obbligo di astensione dal voto, dall'altro non può ritenersi volta a sottrarre definitivamente il voto dell'amministratore interessato da qualunque sindacato in termini di validità (e, deve aggiungersi, di liceità), ma unicamente a precludere una (etero-)valutazione *preventiva* degli eventuali vizi del voto di costui, che potranno bensì essere fatti valere, ma soltanto in sede di impugnazione della deliberazione, e dunque in un momento necessariamente *successivo*, e diverso, da quello in cui il voto è stato espresso.

In altri termini, per un verso, l'amministratore deve ritenersi in ogni caso *legittimato a partecipare all'adozione* della decisione collegiale, e dunque *ad esprimere* il proprio voto, anche ovviamente in senso favorevole, all'adozione di deliberazioni relative ad operazioni nelle quali possa dirsi interessato, del tutto indipendentemente, si noti, da ogni considerazione in ordine alla loro, anche solo potenziale, dannosità: il che conduce allora, sul piano operativo, ad escludere, in via di principio, tanto *(i)* che il presidente del consiglio di amministrazione possa (legittimamente) impedire all'amministratore interessato di partecipare alla riunione consiliare e all'adozione della relativa deliberazione ⁽¹⁵⁾, quanto *(ii)* che il voto di costui possa considerarsi in termini di (autonoma) giusta causa di revoca, beninteso prima che la sua illegittimità sia stata accertata giudizialmente in sede di impugnazione della deliberazione consiliare.

Per altro verso, tuttavia, il venir meno dell'obbligo di astensione vale unicamente a rendere senz'altro, e per definizione, legittimo *l'esercizio del potere di voto* da parte dell'amministratore interessato, ma non implica affatto che il *contenuto del voto*, pur legittimamente espresso, debba, per ciò solo, ritenersi anch'esso legittimo, ben potendo, al contrario, risultare *viziato*, e cioè non solo *invalido*, ma anche *illecito*: una valutazione, quella del contenuto del diritto di voto,

⁽¹⁴⁾ Sul punto, v. V. MELI, *La disciplina*, cit., 156 ss.; G. GUIZZI, *sub art. 3291*, cit., 657 ss., testo e nota 9; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 587 e 595 ss.; P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 482 ss., nota 162 e testo corrispondente.

⁽¹⁵⁾ E v., infatti, V. MELI, *La disciplina*, cit., 157; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 487 ss.; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 595; P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 481 ss., testo e nota 168; L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, cit., 339; M. MOZZARELLI, *sub art. 2391*, cit., 1349.

che tuttavia potrà essere effettuata solo nell'ambito dell'eventuale giudizio di impugnazione della deliberazione.

Ne deriva, allora, che, (ma solo) una volta accertata giudizialmente l'invalidità della deliberazione adottata con il voto (determinante) l'amministratore interessato, e dunque la sua potenzialità dannosa, il voto espresso da costui potrà considerarsi invalido e illecito: solo all'esito di siffatto accertamento, allora, l'amministratore interessato potrà essere non soltanto revocato per giusta causa, ma anche chiamato a rispondere dei danni derivanti dalla violazione, la quale si risolve in un comportamento appunto commissivo (come precisato dall'art. 2391, co. 4, c.c.), del divieto, come detto gravante solo su colui che risulti portatore di un interesse in un'operazione, di votare a favore della deliberazione che, oltre ad averla ad oggetto, sia potenzialmente dannosa per la società⁽¹⁶⁾, anche, si noti, qualora abbia adempiuto i propri obblighi informativi⁽¹⁷⁾, mentre la responsabilità penale di cui all'art. 2636 c.c., oltre ad essere limitata ai casi di conflitto di interessi, fa riferimento al compimento, da parte dell'amministratore che versa in tale situazione, di atti di disposizione dei beni della società con l'intenzione di cagionare un danno patrimoniale alla società⁽¹⁸⁾.

A differenza di quella, generale, gravante su tutti gli amministratori, compreso ovviamente quello interessato, che rispondono dei danni concretamente arrecati alla società, la responsabilità "speciale" dell'amministratore interessato, l'unica alla quale in vero l'art. 2391, co. 4, c.c., mostra di fare riferimento⁽¹⁹⁾, discende dall'avvenuto annullamento di una deliberazione anche solo potenzialmente dannosa: e sono appunto, e soltanto, i pregiudizi derivanti da siffatto annullamento quelli che l'amministratore interessato che abbia votato a favore della deliberazione annullata deve risarcire alla società.

Se, tuttavia, si considera che, al momento di esprimere il proprio voto, l'amministratore non è in grado di stabilire con certezza non solo se la deliberazione verrà annullata, e prima ancora impugnata, ma nemmeno se essa risulterà, o meglio sarà giudicata, potenzialmente dannosa per la società, e tanto meno se il proprio voto risulterà decisivo ai fini della sua approvazione, si deve riconoscere all'amministratore portatore di un interesse in una operazione oggetto

⁽¹⁶⁾ Sulla possibilità di avvalersi, nei confronti dell'amministratore interessato, non solo del rimedio risarcitorio, ma anche della revoca per giusta causa, v., per tutti, G. GUIZZI, *sub art.* 3291, cit., 668 ss.; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 597; F. GIORGIANNI, *sub artt.* 2391 e 2391-bis, cit., 121 ss.; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a.*, cit., 169.

⁽¹⁷⁾ E v., infatti, V. MELI, *La disciplina*, cit., 167. In senso diverso, v. M. VENTORUZZO, *sub art.* 2391, cit., 484 ss., testo e note 150 e 152; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 595; F. GIORGIANNI, *sub artt.* 2391 e 2391-bis, cit., 128 ss.; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a.*, cit., 169; L. ENRIQUES, *sub art.* 2391, cit., 344; M. MOZZARELLI, *sub art.* 2391, cit., 1353.

⁽¹⁸⁾ In argomento, v. N. SALANITRO, *Gli interessi*, cit., 56 ss.; M. VENTORUZZO, *sub art.* 2391, cit., 425 ss., nota 4 e testo corrispondente; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 584 ss.; F. GIORGIANNI, *sub artt.* 2391 e 2391-bis, cit., 123 ss., nota 48 e testo corrispondente.

⁽¹⁹⁾ Sul punto, v. V. MELI, *La disciplina*, cit., 165 ss.; G. GUIZZI, *sub art.* 3291, cit., 670.

di una deliberazione consiliare la facoltà, o, meglio, il *diritto* di astenersi dal partecipare alla sua adozione ⁽²⁰⁾.

Si osservi, sotto questo profilo, che mentre il socio ha in ogni caso la facoltà di astenersi dall'esercitare il (potere di) voto (in assemblea), trattandosi di una prerogativa che la legge gli riconosce nel suo interesse, e che proprio per ciò si è soliti indicare in termini di diritto, al contrario per l'amministratore il voto (in consiglio) rappresenta piuttosto un potere diretto a realizzare un interesse altrui, ed il cui esercizio deve ritenersi in via di principio doveroso, così come è doverosa l'attività della quale esso rappresenta un momento: il che significa, a ben vedere, che l'amministratore, a differenza del socio, non ha, in via di principio, il diritto di astenersi dall'esercitarlo, a meno che siffatta astensione non risulti giustificata, come appunto è a dirsi, tra l'altro, ove costui risulti interessato nell'operazione ad oggetto della relativa delibera.

Insomma, l'amministratore che risulta portatore di un interesse siffatto, pur essendo in ogni caso legittimato ad esercitare il potere di voto, non può mai dirsi tenuto a farlo: ed è proprio nella configurazione non già di un *dovere*, come quello previsto dal sistema originario, ma, al contrario, di un vero e proprio *diritto generalizzato di astensione*, che si risolve l'apparente contraddizione, più volte segnalata, tra *legittimità dell'esercizio del potere di voto* dell'amministratore interessato e possibile *invalidità ed illiceità* del suo *contenuto*.

Bibliografia

ENRIQUES L., in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Della società. Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, artt. 2379-2351, Torino 2015, *sub art.* 2391, 334 ss.

FERRO-LUZZI P., *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori – Profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 661 ss.

GIORGIANNI F., in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. d'Alessandro, Vol. II, Tomo 2, artt. 2380-2451 c.c., Padova 2010, *sub artt.* 2391 e 2391-bis, 116 ss.

GIORGIANNI F., *Responsabilità dei gestori di s.p.a. e dovere di fedeltà: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 149 ss.

⁽²⁰⁾ Sul tema, ma limitandosi a sottolineare che, pur in mancanza di un obbligo di astensione, l'amministratore interessato sarà tenuto a valutare l'opportunità di esprimere il proprio voto "con attenzione, attese le possibili responsabilità", P. FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi*, cit., 674; V. MELL, *La disciplina*, cit., 157 ss.; M. VENTORUZZO, *sub art.* 2391, cit., 426 ss.

GUIZZI G., in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Vol. II, Artt. 2380-2448, Napoli 2008, *sub art.* 2391, 652 ss.

GUIZZI G., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione di s.p.a.*, Milano 2014.

MAFFEIS D., *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1053 ss.

MELI V., *La disciplina degli interessi di amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, 155 ss.

MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, *Assemblea – Amministrazione*, Napoli 2006, 581 ss.

MOZZARELLI M., in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, a cura di M. Campobasso, V. Cariello, U. Tombari, Tomo I, Milano 2016, *sub art.* 2391, 1340 ss.

SALANITRO N., *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, 47 ss.

SAMBUCCI L., *Gli interessi degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 755 ss.

SANFILIPPO P.M., *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, *Assemblea – Amministrazione*, Napoli 2006, 439 ss.

SANTAGATA R., *Interlocking directorates ed "interessi degli amministratori" di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, 310 ss.

VENTORUZZO M., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, Artt. 2380-2396 c.c., Milano 2005, *sub art.* 2391, 423 ss.