

PAOLA LUCARELLI

IL CONFLITTO ENDOSOCIETARIO FRA PREVENZIONE E GESTIONE CONSENSUALE

SOMMARIO: 1. Il contratto di società come contratto di durata. – 2. Lo svolgimento dell'attività societaria nella dinamica fra i soci, gli amministratori, i controllori, una prospettiva funzionalistica. – 3. La relazione sullo sfondo della società: correttezza, buona fede, collaborazione fra i soci? – 4. Un mutamento possibile del paradigma rimediale. – 5. Ripensare le procedure organizzative della società: una *light zone* di attenzione precoce al conflitto.

1. *Il contratto di società come contratto di durata*

Se nel contratto cosiddetto di scambio il tempo non è necessariamente elemento della fattispecie perché le prestazioni possono esaurirsi nel momento stesso in cui i contraenti scelgono di realizzarle o subito dopo la conclusione dell'accordo, il contratto di società non è concepibile in una dimensione che non contempi il tempo: tanto vi è connaturato che tutta la disciplina ne è pervasa più o meno esplicitamente. Centro di imputazione dell'attività, la società non può che riflettere il dinamismo che la caratterizza; strumento giuridico del rapporto fra le due o più persone di cui all'art. 2247 c.c., la società configura la relazione che si svolge nel tempo, dalla nascita alla sua fine.

Il distanziamento rispetto allo scambio, in ragione della peculiare natura associativa del contratto, ha sicuramente valorizzato il ruolo della dinamica societaria, permesso di costruire categorie concettuali adeguate allo svolgimento dell'attività, all'organizzazione del potere di prendere decisioni, al perseguimento dello scopo comune, alla condivisione dei risultati. Tuttavia, la durata nel tempo del contratto di società, nonostante rappresenti un carattere imprescindibile dello stesso, sembra non aver ancora riscosso tutta l'attenzione possibile da parte dell'interprete.

Non si può certo sostenere che la società venga considerata dal giurista nella sua staticità. Evidentemente il legislatore ha elaborato norme e principi che trovano la loro ragione nell'ambito delle fasi distinte e delle funzioni che caratterizzano l'attività, la costituzione, l'amministrazione, il controllo, lo scioglimento, nel suo moto continuo; eppure, allorquando si tratti di considerare il rapporto

fra i soci, la dimensione è sempre quella del diritto/obbligo, potere/dovere, cioè delle situazioni giuridiche soggettive contemplate in una precisa frazione temporale, quella dell'atto, la legittimazione, il relativo compimento, la sua efficacia e validità, quella dei beni, conferiti, prodotti, acquistati/venduti, liquidati nel contesto temporale di riferimento.

È invece il caso di considerare che l'attenzione che il legislatore ha riposto sulla natura relazionale del contratto di società, proprio nel significato che a questa ha attribuito la letteratura assai risalente ormai in materia di *relational contracts*, si presta ad essere ancora oggetto di studio e, ciò che forse più rileva, di sviluppo e innovazione giuridica.

La durata del contratto di società, insieme alla natura dello stesso, realizza propriamente quella relazionalità su cui ha tanto insistito la dottrina nordamericana negli anni '70 e '80 del secolo scorso, cioè in quello stesso periodo in cui gli studiosi italiani cercavano la distanza concettuale fra la società e lo scambio, trovandola nell'organizzazione dell'attività i cui effetti rendono meta-individuale il contratto¹. Forse, è ancora però il caso di chiedersi quanto sia rilevante nella prospettiva ermeneutica considerare il contratto di società come contratto relazionale. Non si tratta di ricercare la risposta nelle spiegazioni ormai risalenti offerte in materia di *long term contracts*, ma semmai di valutare quanto oggi possa avere senso meditare su tempo e relazione nel contratto/rapporto

¹ I. MANEIL, *Contracts: Adjustment of Long Term Economic Relations*, in *Northwestern University Law Review*, 1977, p. 875 ss.; ID., *Relational Contracts: What We Do and Do Not Know*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, 483 ss. A differenza di quanto avveniva con le teorie classiche, dove assumeva un ruolo centrale il contratto come scambio di consensi, *rectius* di promesse, nella teoria relazionale il contratto perde di rilevanza (quantomeno come mero raccoglitore formale di obbligazioni promissorie) e non assurge più a fonte principale ed esclusiva del rapporto. Il contratto è evento relazionale, soggetto a condizionamenti esterni e a valori interni che comportano un continuo aggiustamento e assicurano la sua prosecuzione. E proprio la presenza di valori, segnatamente la solidarietà e la reciprocità, rappresenta la risposta all'individualismo tipico della contrattazione classica. Con riferimento alla dottrina italiana, un passo significativo nella direzione della rilevanza anche di elementi esterni al contratto è stato compiuto allorché si è volta l'attenzione al contratto di organizzazione come categoria adeguata di riferimento per la descrizione della realtà. Da T. Ascarelli fino a P. Ferro-Luzzi, la spinta verso il ripensamento delle categorie giuridiche del contratto relativamente all'attività di impresa e alla sua organizzazione è stata indubbiamente assai efficace. Tuttavia, ancora incerta risultava essere, alla fine dello scorso secolo, la definitiva affermazione di un pensiero nuovo sulla durata delle relazioni contrattuali di organizzazione dell'attività imprenditoriale. Per un'interessante ricostruzione storica sul contratto sincronico, v. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 60. L'Autore ricorda come quello italiano sia stato fra i primi ordinamenti continentali a dedicare attenzione a fenomeni rilevanti anche per la durata. Spiccano in dottrina i lavori di L. Mossa, *Il contratto di somministrazione*, Sassari, 1914 e G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 143. Da allora, l'interesse della scienza giuridica italiana per i contratti caratterizzati dalla durata si è mostrato altalenante e solo recentemente ha acquistato nuova vitalità soprattutto durante e dopo il processo di modernizzazione del codice tedesco delle obbligazioni negli anni '80 del secolo scorso.

societario, proprio nel proposito di portare un contributo allo sviluppo teorico e pratico del diritto societario. Sorge spontanea l'impressione che se i giuristi civilisti e commercialisti avessero dialogato più di quanto non hanno fatto con riferimento al contratto, si sarebbero accorti che la relazionalità è un carattere che attraversa i settori disciplinari e riporta a unità categorie concettuali e implicazioni pratiche proprie di esperienze giuridiche per molti aspetti diverse.

In questa premessa è sufficiente considerare che – a prescindere dalla natura che gli si attribuisce – quando il contratto contiene il tempo come elemento della fattispecie, la relazione acquista una portata non secondaria a livello teorico e pratico. Si è già osservato a proposito dei contratti commerciali di durata, ma quelle considerazioni valgono a maggior ragione per il contratto di società, che siamo in presenza di fenomeni che contemplanano una terza dimensione. Mentre i contratti ad esecuzione istantanea sono rappresentati dal binomio accordo/vincolo giuridico, quelli a lungo termine sono definiti da accordo/vincolo giuridico/decorso del tempo².

Nei contratti commerciali di durata, nei quali le prestazioni dei contraenti si sviluppano nello scorrere del tempo, la relazione acquista una portata che travalica i confini del fenomeno tecnicamente giuridico: la presenza di entrambe le componenti, quella contrattuale della regola scritta che sancisce il vincolo dell'accordo, quella relazionale che influisce sulla sorte e lo sviluppo del rapporto, rende il fenomeno complesso leggibile e comprensibile solo tenendo conto di entrambe le sue dimensioni meta-contrattuale e meta-giuridica.

Come lucidamente è stato precisato, “la dilatazione del dato temporale consente di cogliere nitidamente la ‘necessaria incompletezza’ di tutti i contratti che costruiscono forme di cooperazione tra due o più soggetti”³.

Senza voler ripercorrere la riflessione già condotta altrove, qui è il caso di porsi la domanda che permette di scendere in profondità nella dimensione tempo/relazione senza timore alcuno di violare i confini giuridici della fattispecie, ma anzi con la curiosità di ricercare ciò che potrebbe ampliarli e accogliere un altro modo di interpretare il problema e la sua ipotesi di soluzione⁴. La riflessione non può che nascere dalla considerazione per la quale nel contratto di

² Sia permesso il riferimento a P. LUCARELLI-L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 178. Su un piano ben più vasto e profondo, i noti scritti di M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello istituzionalismo debole*, in *Giur. comm.*, 2014, 4, p. 669 e naturalmente F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici*, in *Giur. comm.*, 2013, 1, p. 480 ss.

³ V. DI CATALDO, *Liti societarie e composizioni stragiudiziali*, in *Giur. comm.*, 2019, 5, p. 799.

⁴ V. M. GRANIERI, *Il tempo*, cit., p. 19, ove si fa riferimento al fatto che “la relazione prevale sul momento genetico: il più limitato interesse della ricerca sta nello spiegare come il tempo (o, meglio, la misura di esso, cioè la durata) divenga rilevante rispetto a talune fattispecie all'interno delle quali la relazione prevale in importanza sul momento genetico e quali siano le implicazioni del cambiamento”.

società il rapporto fra i soci, nel tempo di durata della società stessa, è una costante di cui il legislatore si occupa sotto vari profili e a proposito delle diverse forme societarie. Vediamo come, in sintesi estrema, nel prossimo paragrafo.

2. *Lo svolgimento dell'attività societaria nella dinamica fra i soci, gli amministratori, i controllori, una prospettiva funzionalistica*

La relazione fra i soci trova la sua prima giustificazione principalmente nell'art. 2247 c.c., laddove è previsto che l'esercizio dell'attività sia *in comune*. Al fine dello svolgimento dell'attività, è concepito un regime, differenziato a seconda del tipo di società, di disciplina delle prestazioni che confluiscono nel capitale della società, regole sulle modalità della gestione organizzativa dell'attività, sulla formazione della volontà in merito alle decisioni contrattuali e amministrative, sulla distribuzione del ricavato. Le prestazioni sono in funzione di una realizzazione che è comune, lo svolgimento dell'attività; il rapporto fra i soci si realizza nella comunanza dell'interesse allo svolgimento dell'attività per la produzione dei risultati a cui gli stessi parteciperanno. Nell'art. 2247 c.c., che è poi l'enunciazione del contratto di società senza ulteriori qualificazioni, non rileva ancora la misura della partecipazione di ciascun socio, l'entità del relativo conferimento, la tipologia della partecipazione, ma il tipo di relazione fra i soci: sono *insieme* nel perseguimento dell'obiettivo di ricavare valore dalla produzione/vendita sul mercato dei beni/servizi.

È in funzione di ciò, che la legge, in assenza di regole condivise, o imponendo lo statuto minimo dell'organizzazione, regola il rapporto fra i soci, fra questi e gli amministratori e gli eventuali sindaci.

Nelle società cosiddette di persone il rapporto fra i soci si configura, ovviamente nello specifico del singolo regime normativo, nell'obbligo del conferimento, nel divieto di utilizzare i beni sociali, nel potere di amministrare e di controllo, nel diritto di percepire gli utili. Considerato il coinvolgimento della persona del socio, a proposito della relazione fra i soci ci si aspetta un'attenzione particolare del legislatore.

Nelle società di capitali, il rapporto fra i soci è mediato dalla struttura organizzativa di tipo corporativo e, all'estremo dell'estraneità/disinteresse del socio rispetto a tutti gli altri, fino all'unico azionista, assume le forme più varie a seconda del potere e della sua gradazione nella compagine organizzativa. Nella società per azioni il rapporto fra i singoli soci si stempera e rimane sullo sfondo dell'organizzazione, riacquistando vigore solo nel gioco delle maggioranze in sede di esercizio del voto assembleare.

Sorge, dunque, spontanea con riferimento alle singole forme societarie la domanda a proposito di cosa *sostanzialmente* caratterizza il rapporto: il regime delle partecipazioni, le modalità di esercizio del voto, la disciplina della

distribuzione dei dividendi? Quella *comunanza* dell'esercizio dell'attività economica prevista dal contratto di società – che essendo di durata crea necessariamente una relazione fra i contraenti – in che cosa realmente si sostanzia? Svolgere *insieme* l'attività economica nel tempo quale sfondo di natura relazionale genera fra le persone dei soci? Dalle norme del Codice civile si desume una risposta che in sintesi può esprimersi come segue: la società è funzione del rapporto, ma ciò che si ricava dalle complesse discipline è che, seppure non si riproponga il paradigma sinallagmatico tipico del contratto di scambio, il rapporto fra i soci si realizza – e si esaurisce – nei diritti, obblighi, doveri, poteri, responsabilità, di ciascuno all'interno dell'organizzazione societaria. Il rapporto generato dallo svolgimento *in comune* dell'attività si configura, nelle norme del Codice civile, nella organizzazione della distribuzione del potere e del risultato rispetto al conferimento o secondo quanto diversamente stabilito. Il rapporto è in funzione del potere e del rendimento. Se volessimo rappresentarlo matematicamente, con rapporto = r e potere = p , diremmo che $r = fp$, cioè che si determina il rapporto in base al potere. Nella società scritta nelle disposizioni del Codice civile, l'esercizio in comune dell'attività non sembra essere il valore centrale del fenomeno meramente inteso come relazione collaborativa, perché concede tutto lo spazio alla distribuzione del potere e alla conseguente misura della diversa partecipazione al rendimento.

Nella forma più semplice di relazione societaria, la società semplice appunto, la gestione dell'attività comune è prevista di *default* come disgiuntiva: ciascun socio amministra la società separatamente dagli altri. Osservando una più complessa organizzazione dell'attività, nelle società cosiddette di capitali, i soci partecipano *in comune* attraverso la nomina degli amministratori e, più generalmente, facendo esercizio del voto in assemblea. Tuttavia, proprio il voto può essere limitato o addirittura escluso, creando per statuto un divario fra chi determina e chi non determina l'azione societaria. Prevale, come è ovvio che sia, il distanziamento fra proprietà e *management* e l'attività *in comune* è mediata dall'organizzazione e l'attribuzione di compiti gestionali agli amministratori. Fino al modello estremo di relazione inesistente laddove i soci sono risparmiatori per lo più disinteressati dell'attività societaria, ignoti gli uni agli altri e nemmeno partecipanti della vita sociale perché rappresentati da istituzioni del mercato finanziario nell'esercizio del voto in assemblea.

Nella piena consapevolezza della visione elementare che si sta descrivendo, l'intento è quello di evidenziare quanto – dal punto di vista normativo – sia poco rilevante nella conformazione tipologica delle società quell'elemento della fattispecie rappresentato proprio dalla comunanza dell'agire fondata su una relazione di tipo collaborativo che garantisca per ciò stesso il funzionamento rispetto al fine perseguito. Di conseguenza, sembra che siano scarsamente valorizzati istituti, concetti, principi e rimedi atti a rendere efficiente lo svolgimento in comune dell'attività.

Non si intende sostenere che manchi il diritto funzionale a questo obiettivo. Al contrario, dall'art. 2253 c.c. fino all'ultima disposizione del Codice civile dedicata alle società, gli obblighi, i doveri e i poteri dei soci – anche nel rapporto reciproco fra gli stessi – sono disegnati nel dettaglio creando ordine nel funzionamento dell'organizzazione e, dunque, permettendo di finalizzare l'organizzazione al perseguimento dello scopo.

Tuttavia, l'assenza nella disciplina di ogni riferimento alla dinamica relazionale, a quelle condizioni e valori che generano e caratterizzano la relazione fra i soci, che inevitabilmente evolve perché calata nello scorrere del tempo, non rende merito compiutamente alla fattispecie che nell'*esercizio in comune* dell'attività ha forse il più significativo carattere distintivo.

D'altra parte, l'attenzione dell'interprete, anche per le scelte compiute dal legislatore del Codice civile, non poteva non essere concentrata sull'organizzazione e sulla portata esterna dell'attività, con l'intento e il risultato di introdurre *ex novo* l'Argomento di distinzione rispetto al contratto di scambio. Non è qui il caso di ripercorrere la letteratura ormai risalente sulla teorica dei contratti associativi, ma sia concesso di osservare, entrando così nel merito del problema, che forse non si è ancora attribuita la portata che merita al principio di collaborazione nella dinamica relazionale societaria. Questo non tanto perché, come già indicato, non sia ricavabile interpretativamente dai singoli precetti che sono strutturati proprio disponendo obblighi e diritti dei partecipanti alla società a qualsiasi titolo, quanto perché quel principio risulta ancora sottovalutato dall'interprete nella sua possibile ulteriore estensione, soprattutto nell'ottica rimediale⁵.

3. *La relazione sullo sfondo della società: correttezza, buona fede, collaborazione fra i soci?*

Ripercorrendo la letteratura nel vasto panorama di problemi che pone il conflitto endosocietario, si rinvengono analisi assai approfondite sull'applicazione del principio di buona fede nella dinamica del rapporto societario. È noto, infatti, come l'applicazione del principio di buona fede muti di prospettiva nell'esecuzione del contratto di società rispetto ai contratti sinallagmatici.

La giurisprudenza ha più volte ricordato a proposito della buona fede contrattuale, peraltro associata nel significato e nella funzione al dovere di correttezza, come tale principio realizzi, nell'ottica integrativa del contratto, ovvero delle relative obbligazioni, il dovere del contraente di cooperare alla realizzazione anche dell'interesse dell'altro, in tal modo integrando, appunto, il regime

⁵ Un'attenzione particolare, invece, è stata dedicata al tema proprio da V. DI CATALDO, *Liti societarie e composizioni stragiudiziali*, cit., *passim*.

delle prestazioni contrattuali e i relativi effetti. La comunanza dell'interesse nello svolgimento del rapporto societario impone di adattare l'applicazione del principio di buona fede a tale caratteristica tipologica: gli interessi dei contraenti non sono contrapposti, ma convergono verso il perseguimento dell'interesse sociale. L'interesse comune rappresenta così la rotta verso la quale misurare l'attività societaria, in particolare l'operare degli amministratori, il controllo sulla gestione, i comportamenti dei soci, integrando il principio di correttezza e buona fede quel limite interno all'attività societaria e all'azione di tutti i componenti della relazione societaria.

Tuttavia, proprio per l'intento comune perseguito dai soci, la partecipazione di tutti in modalità varie a seconda del tipo di società, lo svolgimento nel tempo dell'attività che implica il mutamento delle condizioni esterne e, dunque, l'adattamento continuo alle stesse, la relazione societaria richiede che sia rilevante giuridicamente non solo il principio di buona fede, cioè quel comportamento leale al fine di evitare pregiudizi all'interesse degli altri contraenti, ma ciò che va oltre la correttezza: il principio della collaborazione fra i soci.

Se di *comune* c'è l'esercizio dell'attività e l'interesse perseguito, che si traduce nell'interesse sociale, è la collaborazione fra i soci a dover caratterizzare la relazione. Ma questo non risulta essere il punto di vista privilegiato dal legislatore. Si è disciplinato il complesso degli obblighi che gravano sui soci in ciascuna fase della vita della società, sui componenti dei vari organi, utilizzando la chiave di lettura dei problemi e delle criticità relazionali propria del contratto che vede le parti contrapposte, o, al più, che isola i contraenti nella sfera soggettiva di ciascuno composta degli obblighi e diritti associati alla partecipazione del socio o al singolo ruolo svolto.

È chiaro che in ogni tipo di società il contesto muta considerevolmente, ma si può osservare che ciò che assume rilevanza a tutti i livelli della vita societaria è la partecipazione, tecnica giuridica del rapporto che nasce dal contratto e si svolge nel tempo. La partecipazione, con tutte le specifiche differenze e implicazioni giuridiche a seconda del tipo, della misura, della titolarità, è premessa, stimolo, impedimento dell'organizzazione, dello svolgimento dell'attività, del raggiungimento dello scopo. Per acquistare la titolarità di una partecipazione occorre conferire al capitale o acquistarla, per atto fra vivi o *mortis causa*, per perseguire il risultato programmato occorrono comportamenti, esercizio di diritti, adempimento di obblighi. La partecipazione realizza l'ingresso nella relazione societaria, ne garantisce la permanenza, sancisce il ruolo di ciascuna nel rapporto con le altre, crea collaborazione nel perseguimento dello scopo comune. Forse è sulla partecipazione che si può spostare l'attenzione per valorizzare il citato principio di cooperazione.

Soprattutto nelle società cosiddette di persone – ma ciò vale con riferimento a tutti i soci che svolgono un ruolo attivo – dalla stipulazione del contratto i soci confidano, con la loro partecipazione, nella cooperazione per lo svolgimento in comune dell'attività. Il contratto e la legge rimangono all'origine del vincolo,

sanciscono la disciplina del rapporto, mentre la volontà di cooperare nello svolgimento dell'attività caratterizza nel tempo la *relazione* societaria.

Questa rappresentazione è tipica di ogni contratto commerciale di durata, tanto che, si è potuto osservare che il contratto, in tal caso, è strumento idoneo solo in astratto ad assicurare l'attuazione dei diritti e degli obblighi in esso disciplinati⁶. A questo proposito, si faceva notare come la coesistenza delle due componenti – il contratto e la relazione – la prima formalmente giuridica, la seconda meta-giuridica, conduca a riflettere sui modi in cui deve essere condotta la ricerca degli strumenti e delle tutele utili a fronte di una crisi di cooperazione. Si spostava, dunque, lo sguardo sul versante della gestione della crisi di cooperazione (quindi della relazione) al fine di individuare strumenti adeguati di approccio all'inadempimento e ai relativi effetti. Al contratto, nella sua triplice funzione di tutela degli investimenti attraverso la garanzia dell'adempimento, di regola statica dell'eventuale crisi, di attivazione della disciplina generale in materia di contratti, si affiancava la relazione, "parte dinamica e flessibile del rapporto, ciò che ancora si può e si deve decidere, cambiare, migliorare".

Tornando al contratto di società, è noto che qui la relazione, cioè quella componente che è da considerare per il suo valore meta-giuridico nei contratti commerciali di durata, fa parte invece sostanzialmente e formalmente del fenomeno perché è attraverso l'esercizio *in comune* dell'attività economica che si persegue lo scopo societario.

Ecco che, a questo proposito, si ritiene che possa ancora essere oggetto di indagine il tema dei rimedi che permettono di affrontare e risolvere la patologia del rapporto societario. È noto che ad anomalie di vario genere nella dinamica societaria, sono associati i rimedi classici della tutela di mero accertamento, della condanna e delle azioni costitutive. Un apparato rimediale che non può mancare, certamente, ma che trascura la natura funzionalmente collaborativa e solidaristica della relazione societaria, perché realizza una tutela divisiva anziché congiuntiva, conservativa.

Più che in ogni altra tipologia di contratto commerciale di durata, nel rapporto generato dal contratto di società diviene naturale che i soci perseguano un interesse comune, collaborino affinché si produca un risultato, esercitino il ruolo di *socio* e non più solo quello di *contraente*. Ciò che occorre è la "continua capacità di comprensione e dialogo tra i soci"⁷.

Per ottenere il risultato auspicato, non ci si può affidare solo all'adempimento delle regole legali o contrattuali. Il socio, in quanto tale, ha già espresso la sua volontà di cooperare, nelle diverse modalità a seconda del tipo di società, manifestando fiducia nelle altre persone dei soci o nell'organizzazione costituenda. Ogni anomalia della relazione fra soci, prima ancora che come

⁶ P. LUCARELLI-L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 152 ss.

⁷ V. DI CATALDO, *Liti societarie e composizioni stragiudiziali*, cit., p. 788 ss.

inadempimento dell'obbligo o violazione di un diritto, rileva – a prescindere dalle fattispecie giuridicamente rilevanti – come crisi di cooperazione.

4. *Un mutamento possibile del paradigma rimediale*

Il socio, per sua natura, agisce nell'interesse sociale, nutre fiducia negli altri soci, conferisce nel patrimonio, non ha aspettative di ricevere una controprestazione dagli altri soci, coopera per il raggiungimento dello scopo comune. Se non altro, così dovrebbe essere, per come è concepito il modello contrattuale società che, come è stato lucidamente descritto, non ha “una funzione attributiva, di assegnazione di prestazioni tra i contraenti, ma ha altresì un valore organizzativo, cioè di disciplina dell'organizzazione così creata”. Non è, dunque, solo in chiave di *adempimento* contrattuale che deve essere letto il fenomeno societario, perché “La vita e l'attività dell'ente, cioè, pur originate da un atto di autonomia privata, non sono qualificabili semplicemente come esecuzione di questo, ma se ne distaccano, acquisiscono una autonomia di trattamento giuridico: la disciplina delle società è, in altre parole, disciplina non dell'esecuzione di un atto negoziale, ma di una struttura organizzativa e dei modi di esercizio di una attività, rilevanti come tali. Ciò significa non che i principi del diritto comune dei rapporti obbligatori siano di per sé inapplicabili, ma che non vi è un automatismo nel loro operare, proprio perché l'attività dell'organizzazione non può essere ridotta a semplice momento attuativo di un rapporto obbligatorio e perché la stessa disciplina speciale è spesso informata a principi autonomi e diversi, in quanto disciplina di un organismo produttivo a rilevanza esterna.”⁸.

Una sintesi, questa, particolarmente felice, descrittiva della natura giuridica del fenomeno societario, fedele alle intuizioni e ricostruzioni teoriche risalenti, ma anche aperta e feconda rispetto ad una possibile evoluzione dei modelli applicativi del diritto delle società. In particolare, da quanto osservato nei precedenti paragrafi e confermato dalla citata descrizione, si può concentrare l'attenzione sul rilievo, peraltro risalente nella letteratura *gius-commercialistica*, per cui la società è – non mera attuazione di obblighi contrattuali – ma modo di esercizio dell'attività e, dunque, le condotte dei soci non valgono esclusivamente in quanto adempimento/inadempimento del contratto di società e dei doveri che ne derivano, ma soprattutto come cooperazione allo svolgimento in comune del rapporto per il perseguimento dello scopo concordato, rilevando, quindi, le eventuali anomalie nella relazione fra i soci come possibili sintomi della crisi di cooperazione.

⁸ Entrambe le citazioni sono di M. CIAN, *La nozione di società e i principi generali*, in *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 264.

Se questo è il punto di attenzione al quale si voleva giungere, è da questo che occorre prendere le mosse per una riflessione sui rimedi al conflitto societario.

Potrebbe sembrare fin troppo azzardato dedurre dalla conformazione della società intesa come relazione fra soci per l'esercizio nel tempo dell'attività, la necessità di individuare modalità di gestione del contenzioso che esulino dall'azione di accertamento della violazione dell'obbligo o dall'azione di condanna al risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligo.

Tuttavia, soffermando l'attenzione proprio sulla natura e la funzione del rapporto societario, è evidente l'inadeguatezza del percorso processuale che si pone esclusivamente in termini di azione per inadempimento contrattuale, mentre si rivela più adeguata una modalità di gestione del problema che si radichi proprio nella relazione nella quale il problema si è generato. Anche l'azione giudiziaria che realizza l'impugnativa delle delibere assunte dagli organi societari non sempre soddisfa nella sostanza l'interesse del legittimato ad agire e, soprattutto, l'interesse sociale allo svolgimento produttivo dell'attività.

Se la società è da intendersi come gruppo che realizza per sua natura l'interazione continua per la condivisione del programma imprenditoriale, non si può, non si deve, trascurare ciò che sta all'origine della formazione del gruppo e che ne rappresenta la dinamica tipica⁹.

Per quanto si sia già voluto far emergere dalla pratica dei contratti commerciali di durata quell'elemento specifico che consiste nella relazione, si direbbe nella *partnership*, e che richiede un'attenzione particolare alle ragioni che generano un conflitto e ai rimedi ad esso applicabili, qui, nella società, ci troviamo ad un livello addirittura più profondo, identitario. Nella società non si riproduce ciò che è possibile rinvenire nel contratto commerciale fra le imprese, cioè una relazione di durata in campo inevitabilmente opportunistico; nella società i soci hanno scelto di realizzare, gli uni a fianco degli altri, un programma condiviso, nutrono un senso di appartenenza, di fiducia reciproca, di conoscenza e condivisione di valori¹⁰. La crisi di cooperazione ha radici in questo *campo*, nella caduta

⁹ Naturalmente la riflessione di dettaglio dovrebbe prendere in considerazione ciascun tipo societario e condurre un'analisi adeguata rispetto alle esigenze specifiche dei diversi fenomeni. Per esempio sarebbe indispensabile una riflessione in linea con l'evoluzione del pensiero scientifico che accentua la natura della società come strumento di finanziamento dell'impresa, sulle diverse e molteplici categorie di soci che non corrispondono più alla distinzione classica fra soci di minoranza e soci di maggioranza, ma il riferimento all'art. 2247 c.c. è in questa sede voluto proprio per suggerire un richiamo a ciò che appare oggi come un contenuto minimo rispetto alla varietà che caratterizza oggi la conformazione societaria.

¹⁰ È stata la lettura dei lavori di studiosi che si sono occupati della dinamica dei gruppi nella dimensione sociologica e psicologica sociale a permettere una riflessione più ampia sul tema. In particolare, si rinvia ai classici quali W.B. TUCKMAN, *Developmental sequence in small group*, in *Psychological Bulletin*, 1965, n. 63, p. 384 ss.; K. LEWIN, *Resolving Social Conflicts. Selected Papers on Group Dynamics*, in *Social Forces*, 27, 2, 1948, p. 167 ss., e nei suoi vari lavori sulla teoria del campo ove concentra l'attenzione sulla dinamica del gruppo che supera la somma tra le parti, con

della fiducia, appunto, e la tutela giudiziale rispetto ad esso non può che risultare esterna, residuale ed eventuale. Non che sia inutile, anzi, la previsione di tale tutela da parte dell'ordinamento che conduca il comportamento a sanzione per violazione del precetto, non può che indurre i soci a ricercare un percorso per la gestione del problema adeguato alla loro dinamica di interazione, purché questo percorso sia nella disponibilità dei soci e da questi conosciuto¹¹.

A questo ultimo proposito, occorre che il giurista si appropri degli strumenti che attribuiscono ai soci il potere di esercitare l'autonomia negoziale nella gestione della crisi di cooperazione. Un nuovo paradigma di auto-tutela rappresentato dalla stanza di prevenzione, oltre che di gestione, dei possibili conflitti endosocietari. È nella relazione che vanno ricercate le cause del conflitto e nella capacità di governare il cambiamento, le soluzioni. Il dialogo è la prima forma di gestione della caduta della fiducia; la stanza di attivazione del dialogo per la gestione – o perfino la prevenzione della lite – può impedire il radicamento e l'*escalation* del conflitto attraverso una modalità diretta, responsabilizzante, chiarificatrice.

A questo punto, è doveroso rispondere alla prima probabile replica del giurista, secondo cui se si arriva all'azione giudiziale è perché ogni altra strada è già stata esplorata senza alcuna soluzione negoziata della lite.

valori e scopi comuni e interdipendenza tra i membri. Sull'analisi del conflitto all'interno dell'organizzazione di gruppo, v. F. GLASL-R. BALLREICH, *La mediazione nelle organizzazioni: un approccio sistemico e di teoria del campo*, di prossima pubblicazione nella Collana Un Altro Modo, Milano, Wolters Kluwer. Ancora sull'ampiezza dei fattori scatenanti il conflitto in ambito societario, V. DI CATALDO, *Liti societarie e composizioni stragiudiziali*, cit., p. 789: "Dissensi, liti, circostanze sopravvenute di ogni genere, oggettive e soggettive, prevedibili o casuali, possono incrinare la fiducia, se lievi, possono distruggerla, se investono temi importanti".

¹¹ Sul punto si ritiene utile rinviare alla lettura di M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, cit., p. 421: "La relazionalità che contraddistingue i contratti di durata – se per tale si intende la complessità di un rapporto commerciale in costante evoluzione ed integrazione – impone il ricorso ad un rimedio che sia, allo stesso tempo, rispettoso del ruolo comunque centrale che la volontà delle parti ha nella dinamica negoziale, ma che allo stesso tempo prevenga o curi le forme di opportunismo che rappresentano la negazione della direttiva di comportamento ispirata alla massimizzazione dell'utilità congiunta delle stesse". Lo stesso Autore però conclude a p. 423: "Spesso si è parlato di negoziazioni tra le parti 'all'ombra della legge', ad indicare che il giudice è il naturale custode della correttezza, mentre le parti si impegnano per risolvere autonomamente la controversia, eventualmente allocando o dividendo perdite subite da una di esse. In alcuni casi però, ciò può tradursi nella necessità di sanzionare i contraenti, o quello di loro che non intende continuare la negoziazione lasciata volontariamente aperta in sede di conclusione del contratto. La sanzione del giudice è un indispensabile passaggio nella vicenda complessa che porta alla soluzione delle controversie relative ai contratti di durata. La possibilità di un intervento dall'esterno rende prevedibile che la parte non onerata o quella avvantaggiata coopererà, perché diversamente sarà sanzionata dal giudice, e lo farà eventualmente comunicando le proprie intenzioni e le informazioni che servono per comporre la lite o individuare una soluzione praticabile". Nello stesso senso R.E. SCOTT, *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, 75, *Cal. L. Rev.*, 1987, p. 2005 ss., cfr. in particolare p. 2042 ss.

Come si è già osservato in altra sede, tale obiezione “è comprensibile, ma fallace”¹². La pratica dell'autonomia negoziale nella gestione del conflitto, ovvero dell'esercizio consapevole della volontà di affrontare il problema per trovare una soluzione, è molto meno diffusa di quanto si possa ritenere, per l'atteggiamento umano di ritrosia nei confronti del disaccordo, per l'incapacità di comunicare in un modo che sia generativo di soluzioni condivise, per la scarsa consapevolezza e competenza relazionale ravvisabile nei contesti sociali di vario tipo, da cui da sempre è derivata l'abitudine alla delega della gestione del conflitto e la lontananza rispetto a metodi e strumenti efficienti di prevenzione dello stesso.

Fra il comportamento del socio e la reazione degli altri, è invece possibile concepire uno spazio dell'autonomia negoziale, che l'ordinamento giuridico ha contemplato ormai un decennio fa, ma che stenta ad essere riconosciuto dai pratici e dai teorici del diritto come il piano nobile delle tutele, quello della giustizia consensuale¹³. Una dimensione, l'autonomia negoziale, che non può essere solo protetta, ma che merita di essere sostenuta e incentivata¹⁴.

Si tratta di una pratica – la mediazione dei conflitti – che il diritto ha disciplinato non solo nell'ambito e con riferimento al processo civile, ma anche come istituto giuridico del nostro ordinamento per ampliare l'offerta di servizi controllata dallo Stato¹⁵.

¹² P. LUCARELLI-L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 157 ss., cui si rinvia a proposito delle ragioni che conducono a ritenere che sia ancora prematuro parlare di una cultura diffusa della negoziazione della lite. Non è questa la sede, ma è immediata la riflessione in merito a quanto le competenze tecniche di prevenzione, oltre che di gestione, del contrasto di posizioni, siano utili in epoca di emergenza a causa della sopravvenienza pandemica. Da ultimo v, fra i numerosissimi contributi, quello di C. MASCIOPINTO, *La sopravvenienza pandemica nei rapporti contrattuali tra privati: quali rimedi?*, in *Luiss Law Review*, 2, 2020, p. 78 ss.

¹³ Sul tema una bibliografia amplissima. In particolare, F. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1201 ss.; M. BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi e opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2017, p. 31ss.; P. LUCARELLI e G. CONTE, *Mediazione e Progresso*, Torino, Utet, 2012; MARCO MARINARO, *La giustizia sostenibile*, Aracne, Roma 2016; M.P. GASPERINI (a cura di), *Giustizia alternativa per una giustizia effettiva*, Esi, Napoli, 2018. Da ultimo, v. il primo numero della Rivista semestrale *Giustizia consensuale*, appena pubblicato.

¹⁴ Per le ragioni già ampiamente esposte in P. LUCARELLI, *Il diritto della mediazione nella visione ottimistica di una gius-commercialista*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Cedam, Milano, 2016, p. 809 ss.

¹⁵ Si ricorda che nel 2003 ha fatto un primo ingresso nell'ordinamento la disciplina della conciliazione stragiudiziale in materia societaria, prevista dagli artt. 38-40 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, poi abrogata. Sulla mediazione civile e commerciale, il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e successive modifiche.

5. Ripensare le procedure organizzative della società: una light zone di attenzione precoce al conflitto

Si è scelto volutamente un campo di riflessione che evitasse di entrare nel merito delle singole ipotesi di conflitto societario perché si ritiene che ciò che ha ancora bisogno di osservazione sia proprio la relazione societaria in quanto tale, esposta allo scorrere del tempo e quindi alle insidie – originarie o sopravvenute – alla fiducia reciproca fra soci¹⁶. È noto, fra l'altro, che la relazione fra i soci non può essere cristallizzata nel preciso momento dell'approccio al conflitto, ma avendo alle spalle una storia, più o meno duratura, porta con sé nella controversia i fatti, i comportamenti, la dinamica del rapporto fra i soci, che si accumulano e si sovrappongono nel corso del tempo¹⁷. Il fatto che frequentemente la lite fra soci nasca da un espediente che nasconde un dissidio più profondo, come è stato osservato, non può che confermare l'inadeguatezza di rimedi concepiti per il frammento di relazione, il singolo comportamento, la singola delibera.

L'analisi non può, d'altra parte, trascurare la differenza tipologica fra i modelli societari previsti dall'ordinamento e la rilevanza che questa assume nell'ottica rimediabile del contenzioso fra soci.

Così, si giunge a proporre una esplorazione del conflitto *endo*-societario a seconda del tipo di società.

Dapprima le società cosiddette chiuse senza, oppure con, personalità giuridica, ovvero partecipate da pochi soci, caratterizzate dal coinvolgimento dei soci nell'attività, seppure a diverso titolo e con diversa responsabilità, o dall'attenzione continua dei soci non agenti ma attenti controllori.

¹⁶ A proposito della tipologia del conflitto e delle modalità di gestione delle controversie di natura societaria, I. FORESTIERI, *Il ruolo del giudice nelle liti societarie: dal rapporto di dominio a relazione funzionale*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice. Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, p. 269 ss.

¹⁷ Cfr. sul punto, V. DI CATALDO, *Liti societarie e composizioni stragiudiziali*, cit., p. 786: "l'avvocato che scrive l'atto di citazione sa bene perché è utile raccontare altre cose, prima di passare al problema su cui si concentrerà poi il suo *petitum*. Egli ritiene importante offrire al giudice una visione più ampia del trascorso, un quadro più completo dei fatti accaduti all'interno della società. La ragione è semplice, e viene esposta a volte in termini espliciti: per adoperare un modo di dire consueto, che viene a volte tradotto nel linguaggio paludato del foro, la vicenda che è proposta come oggetto diretto del giudizio non è che la goccia che ha fatto traboccare il vaso", poi ancora sul punto: "in realtà, la particolare natura del contratto di società (quello che in letteratura è detto il "valore organizzativo" del contratto di società) fa sì che la lite che nasce da un contratto di questo tipo spesso, se non sempre, si caratterizzi in termini peculiari sotto due profili temporali, verso il passato e verso il futuro. Da un lato, infatti, la lite spesso coinvolge non un solo punto, o alcuni punti, del contratto, ma una parte più o meno consistente dell'intera esecuzione del contratto per il periodo pregresso, o per buona parte di esso".

La dinamica del gruppo, in questi casi, è dominata dall'esercizio dell'autonomia negoziale. I diritti dei soci sono il prodotto di tale autonomia, non necessariamente formalizzata o statutaria; la legge si limita a porre i confini rispetto all'uso dei beni sociali, al compimento delle operazioni sociali, alla esclusione da ogni partecipazione agli utili, alla distinzione dei ruoli nell'accomandita, alla struttura organizzativa nella società a responsabilità limitata.

La ricerca continua del consenso, esplicita o implicita nei comportamenti, è la dinamica tipica nello svolgimento dell'attività. Il dialogo è parte indispensabile del rapporto, come risulta evidente anche dalle scelte normative che pongono i suddetti limiti, per la maggior parte calate nella dimensione del confronto fra i soci. Già la scelta di un regime di *default* delle regole codicistiche dell'attività societaria – per le società cosiddette di persone – è indice della portata che assume il principio di auto-determinazione: è nella volontà e nella relazione fra i contraenti, prima, e i soci poi, che si producono le scelte gestionali, organizzative, distributive.

La caduta della fiducia nel rapporto non solo originato, come è ovvio, ma anche progredito grazie allo scambio e la riproduzione continua del consenso, richiede forme di gestione della crisi di cooperazione da quella perdita generata, ove gli stessi soci siano protagonisti consapevoli delle ragioni del dissidio. Le ragioni spesso risiedono altrove, il singolo comportamento è la punta dell'*iceberg*, ma se non è su queste che si lavora per far emergere le vere cause del conflitto, il rimedio diviene solo il trattamento del sintomo e non la cura della patologia¹⁸. A questo può condurre la tutela giudiziale, peraltro contribuendo a favorire, per lo più determinare, lo scioglimento del rapporto limitatamente al socio o dell'intera società.

Solo il confronto diretto dei soci sulle vere ragioni che determinano il dissidio, può generare la consapevolezza necessaria per governare il problema, elaborare la storia del rapporto in vista della sostenibilità dello stesso nel futuro, impedire la perdita degli investimenti, ma garantire nello stesso tempo la

¹⁸ Si pensi a quante volte il conflitto societario sia radicato in rapporti di natura familiare e nasca proprio da problemi che altri rispetto alla gestione dell'impresa. Uno dei moltissimi casi a questo proposito è in Cass., sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3409, in tema di responsabilità dell'amministratore per l'acquisto di un costoso macchinario, gravando, secondo la parte ricorrente, la società di oneri finanziari insostenibili e cagionandole ingenti danni. Colpisce che la Corte, dopo aver precisato che all'amministratore di una società non può essere imputato di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, osservi che "se non era stato possibile compiere ancora ulteriori e più approfondite indagini prima di procedere all'investimento [...], ciò era dipeso – secondo la corte d'appello – soprattutto da fenomeni ostruzionistici collegati all'insanabile contrasto da tempo insorto tra i due fratelli ai quali faceva capo la maggioranza del capitale sociale". Uno studio del contenzioso societario condotto nell'ambito della sperimentazione *Giustizia semplice* nel Tribunale di Firenze ha evidenziato che nel 73% dei casi le parti in causa in materia societaria, in seguito all'ordinanza del giudice di mediazione demandata ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010, accettano di partecipare a una procedura di mediazione dimostrando di avere fiducia nella gestione consensuale della lite.

ripresa della collaborazione con genuina convinzione, oppure l'uscita morbida dal rapporto, riducendo al minimo le conseguenze gravose attraverso la determinazione consensuale delle condizioni di uscita, perché il rapporto societario non deve essere necessariamente per sempre.

A ciascuna situazione corrisponde una strada peculiare di gestione del conflitto, ma quel che è certo è che in quella giudiziale, nel processo, tutto questo non avviene.

A causa del conflitto, a seconda del suo livello di *escalation*, la comunicazione fra i soci si interrompe, ma con l'assistenza dei consulenti esperti di negoziazione e la guida del professionista mediatore imparziale la comunicazione può divenire nuovamente possibile, i soci acquistano consapevolezza del problema e dei suoi motivi più profondi, elaborano ipotesi di soluzioni che salvaguardino gli investimenti, in mancanza scelgono l'opzione meno gravosa per tutti. Il conflitto, prima di arrivare nelle aule del tribunale, passa dalla stanza dell'autonomia, ove i professionisti competenti anche nelle tecniche di negoziazione, sono in grado di assistere i soci clienti con la guida esperta del mediatore imparziale. Una giustizia conquistata a costi calmierati, con benefici fiscali certi, in un tempo assai limitato.

Si potrebbe essere tentati di pensare che nelle società chiuse il paradigma della gestione negoziale del dissidio risulti concepibile in considerazione del tipo di relazione che si genera fra i soci, mentre sarebbe inadeguato nell'ambito di una società di più grandi dimensioni, fino alle società con capitale diffuso.

Al contrario, proprio nelle società cosiddette aperte la pratica della mediazione può assumere la portata che si ritiene essere la più congeniale con riferimento ai rapporti di natura societaria, quella della prevenzione dei conflitti. Laddove vi sia una organizzazione complessa dell'impresa, la formazione di classi distinte di interessi, una più netta separazione fra proprietà e *management* e la rilevanza dell'interesse pubblico, se risulta fondamentale la garanzia della protezione giudiziale dei diritti, il dialogo fra i portatori di interessi potenzialmente confliggenti diviene indispensabile¹⁹ *light zone* nella dinamica societaria dedicata all'attenzione precoce al conflitto da governare o prevenire, molto simile per natura a quelle istanze ormai evidenti di intervento degli organi societari tempestivo a proposito dell'allerta della crisi dell'impresa²⁰. Solo

¹⁹ Per una riflessione recente sul tema degli interessi nella società, v. U. TOMBARI, *Potere e interessi nella grande impresa azionaria*, Giuffrè, 2019, p. 57 ss.

²⁰ Nel percorso che ha condotto dalla percezione della necessità di una disciplina di diritto societario con riferimento all'allerta della crisi dell'impresa, fino all'attenzione del legislatore, v. P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011,4; U. TOMBARI, *I finanziamenti dei soci e i finanziamenti infragruppo dopo il decreto sviluppo. Prime considerazioni sul diritto societario della crisi*", in www.ilfallimentarista.it, 2012; A. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Giuffrè, Milano, 2016; ID., *La gestione della s.r.l. nella crisi pre-concorsuale*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 405; P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi*,

che qui, anziché del “crepuscolo” si può riflettere in termini di chiarezza del contesto nel quale le differenze fra i distinti interessi possono essere gestite, con la consapevolezza che, fra l’altro, le gravi criticità relazionali nel rapporto societario precedono frequentemente la crisi dell’impresa. I modi, gli strumenti, i ruoli, sono tutti da individuare, considerato che il diritto societario non ha ancora dedicato l’attenzione alla precoce gestione della conflittualità, limitandosi a disciplinare la situazione di allerta che precede la crisi dell’impresa, ma le competenze sono quelle in uso da tempo nella pratica della mediazione. Purché si offrano tali competenze a coloro che potrebbero impiegarle a vantaggio della società e dei soci. Perfettamente in linea con gli auspici contenuti nel *Codice di Autodisciplina*, 2018, del Comitato per la Corporate Governance, ciò che occorre è dare concretezza alle condizioni del *dialogo*, al quale il Codice si riferisce nell’art. 9 sui Rapporti con gli azionisti, al principio 2: “Il consiglio di amministrazione si adopera per instaurare un dialogo continuativo con gli azionisti fondato sulla comprensione dei reciproci ruoli”.

Questa breve riflessione, lungi dal potersi considerare compiuta concettualmente e sistematicamente, mira solo ad aprire uno scenario nuovo per il diritto societario, con la speranza, questa volta, di accompagnare lo sguardo del giurista alla cultura e alle competenze tecniche proprie della giustizia conaensuale-

diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 62; P. BENAZZO, *Il codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. delle soc.*, 2019, 6, II, p. 274.

²¹ V. DI CATALDO, *La tutela dei soci nella s.p.a. dieci anni dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, 2, p. 258.