

Fabrizio Sudiero

Il contributo della sostenibilità ad una teoria dell'interesse legittimo di diritto societario

(doi: 10.4478/114239)

Osservatorio del diritto civile e commerciale (ISSN 2281-2628)

Fascicolo 1, gennaio 2024

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.
Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it/>

Il contributo della sostenibilità ad una teoria dell'interesse legittimo di diritto societario

Fabrizio Sudiero

The Contribution of Sustainability to a Theory of Legitimate Interest in Company Law

The essay intends to explore the effects of the growing attention to sustainability in company law and, in particular, for ESG factors, especially in light of the new Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), on the duties of directors and on the protection of shareholders and stakeholders, hypothesizing possible compensation tools. In particular, after a first part dedicated to a succinct reconstruction of the current regulatory framework on sustainability, the paper wonders, in the illustrated framework, marked by an increasingly strong attention towards the interests of stakeholders, firstly, whether it exists (still) a protectable «profitable interest of the shareholders» and what are the tools aimed at such protection; secondly, it addresses the issue of the «interests of third parties» or, better yet, those anchored to the so-called sustainability and ESG factors, also taking into account the innovations brought by the CSDDD, identifying, in this case too, specific protection tools. Therefore, through the path described, the essay reaches a first conclusion, paving the way for subsequent developments of the research, which identifies in a new subjective legal position (inspired to a typical Italian administrative law concept), defined as the «legitimate interest in company law», the area of possible protection of the described interests of both shareholders and stakeholders.

Keywords: Corporate Sustainability Due Diligence Directive, CS3D, ESG, Liability, Directors, Shareholders, Stakeholders, Legitimate Interest.

1. Premessa

L'attenzione verso rischi ambientali e sociali è nota nel campo del diritto d'impresa e, più in particolare, nel diritto societario e la sostenibilità è ormai una componente strutturale imprescindibile delle strategie aziendali¹. Anzi, si potrebbe persino affermare che la rilevanza di tali valori nell'ambito della *corporate governance* proietti l'interprete oltre il classico dibattito tra contrat-

¹ Sulla nozione di sostenibilità, non ulteriormente indagabile in questa sede, v., per tutti, le riflessioni contenute nel primo paragrafo del saggio di G. Alpa, *Responsabilità degli amministratori di società e principio di «sostenibilità»*, in *Contr. e impr.*, 2021, 3, pp. 721 ss. nonché quelle, sempre recentemente, di M. Stella Richter jr, *Long-termism*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 30 ss. Per l'affermazione per cui il principio di sostenibilità sarebbe ormai un punto di riferimento per le scelte economiche e sociali a livello globale v. E. Giovannini, *Il principio di sostenibilità*, in *Aspenia*, 2019, p. 76.

tualismo ed istituzionalismo, posto che gli interessi cc.dd. «altri» parrebbero rappresentare non più meri limiti di quelli degli azionisti (sia nell'ottica della massimizzazione del profitto che dello *shareholder value approach*), bensì veri e propri valori da perseguire, contemperare o bilanciare, in una visione «semi-pubblicistica»² del diritto di impresa³.

L'affermazione – certamente di impatto – non pare priva di elementi argomentativi. Anzitutto, sembra essersi nitidamente delineato un percorso⁴ che ha visto crescere esponenzialmente⁵, non solo a livello euro-

² Si è parlato, infatti, di rischio di «politicizzazione» della società per azioni (E. Barcellona, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Riv. soc.*, 2022, pp. 1 ss.).

³ Ad esempio, nei termini di uno *stakeholderism* pluralistico statunitense o di uno *stakeholderism* istituzionalista o, quantomeno, democratico ipotizzato dalla nostra dottrina. Così E. Barcellona, *La sustainable corporate governance*, cit., pp. 1 ss. e ivi riff. In questo senso si è, recentemente, osservato che un contributo importante alla tutela dell'ambiente e dei diritti umani sarebbe oggi indiscutibilmente affidato alle imprese, le quali sarebbero, dunque, chiamate a modificare il loro modo di essere ed agire (G. Riolfo, *Sostenibilità sociale/ambientale dell'attività d'impresa: la proposta di direttiva sul «dovere di diligenza ai fini della sostenibilità» e l'esperimento delle società benefit*, in *Contr. e impr.*, 2023, pp. 184 ss.).

⁴ Per un approfondito ed un recente esame di tale percorso e, segnatamente, del rilievo di interessi altri nella prospettiva della CSR, v. G.B. Portale, *La corporate social responsibility alla ricerca di effettività*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, pp. 947 ss., E. Barcellona, *La sustainable corporate governance*, cit., pp. 1 ss. e, nell'ambito della crisi d'impresa, E. Ricciardiello, *Sustainability and going concern*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 2021 e in *Riv. soc.*, 2022, pp. 53 ss.

⁵ Per una disamina del dibattito v.: P. Montalenti, *La nuova società quotata: quali prospettive?*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, pp. 1 ss.; Id., *Società, mercati finanziari e fattori ESG: ultimi sviluppi*, in *Corporate Governance*, 2022, 1, pp. 9 ss.; Id., *Il nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Corporate Governance*, 2021, 1, pp. 39 ss.; Id., *La società per azioni: dallo shareholder value al successo sostenibile. Appunti*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, a cura di C. Costa, A. Mirone Aurelio, R. Pennisi, P. Sanfilippo, R. Vigo, v. II: *Impresa, società, crisi d'impresa*, Torino, 2021, pp. 671 ss.; Id., *Lezione aperta. L'Università e il diritto commerciale, oggi. L'evoluzione della società per azioni: quali prospettive?*, in *ODC*, 2021, pp. 1107 ss.; Id., *Il socio di società quotata*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, pp. 227 ss.; D. Stanzone, *Scopo e oggetto dell'impresa societaria sostenibile*, in *Giur. comm.*, 2022, 1, p. 1023; F. d'Alessandro, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la Ford Modello T, senza dimenticare Robin Hood (Divagazioni semi-serie sulla c.d. responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 409 ss.; Rapporto Assonime, *Doveri degli amministratori e sostenibilità*, *Note e Studi*, n. 5/2021; U. Tombari, *Corporate purpose e diritto societario: dalla «supremazia degli interessi dei soci» alla libertà di scelta dello «scopo sociale»?*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 1 ss.; Id., «Potere» e «interessi» nella grande società per azioni, Milano, 2019; M. Stella Richter jr, *Long-termism*, cit., pp. 16 ss.; F. Denozza, *Lo scopo della società, tra short-termism e stakeholders empowerment*, in *ODC*, 2021, 1, pp. 29 ss.; S. Rossi, *Il diritto della corporate social responsibility*, in *ODC*, 2021, 1, pp. 99 ss.; G. Strampelli, *Gli investitori istituzionali salveranno il mondo? Note a margine dell'ultima lettera annuale di BlackRock*, in *Riv. Soc.*, 2020, pp. 51 ss.; C. Angelici, *Potere e interessi della grande impresa azionaria: a proposito di un recente libro di Umberto Tombari*, in *Riv. Soc.*, 2020, pp. 6 ss.; G. Scognamiglio, *Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2019, 10, pp. 545 ss.

peo⁶, il rilievo giuridico degli interessi «terzi» e, quindi, degli *stakeholders*, nelle politiche gestorie: da valore etico⁷, idoneo ad incidere, specie nell'ottica del perseguimento di obiettivi di CSR, sul piano reputazionale, a limite giuridico al contrattualismo⁸, a vero e proprio – nemmeno troppo velato – obiettivo⁹, a partire dalla prospettiva del c.d. «*enlightened shareholder value*»¹⁰ con il consolidarsi del *long-termism*¹¹. Si pensi, in particolare, a parte ai numerosi studi sul

⁶ Quanto all'area europea si considerino, recentemente: i) le rilevanti innovazioni nel diritto francese, ove (a) la c.d. *Loi Pacte* (Loi, n. 2019-486 del 22 maggio 2019, art. 169) ha modificato gli artt. 1833 e 1835 del *Code Civil* (che ricomprendono nella nozione di interesse sociale anche istanze di tutela sociale e ambientale) e introdotto gli artt. 210-10 ss. *Code de Commerce* dando ingresso alle cc.dd. «*société à mission*»), (b) gli artt. 1 e 2 della loi n. 2017-399 del 27 marzo 2017 avevano già apportato delle rilevanti modifiche ad alcuni articoli del *Code de Commerce* (L. 225-102-4 e L. 225-102-5) introducendo il dovere per le società di grandi dimensioni di predisporre e dare efficace attuazione ad un piano di vigilanza contenente ragionevoli misure per identificare i rischi e prevenire gravi violazioni di diritti umani, delle libertà fondamentali, della salute e sicurezza umana e dell'ambiente, derivanti dall'attività della società, delle società da essa controllate nonché dalle attività dei subappaltatori o fornitori con i quali è intrattenuto un rapporto commerciale consolidato, se tali attività sono collegate a tale rapporto; ii) il noto *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG* del sistema tedesco introdotto con l. n. 46 del 16 luglio 2021 che si occupa di disciplinare la realizzazione di un sistema di gestione dei rischi (non solo con riferimento all'attività propria dell'impresa ma anche di quella dei *partner* contrattuali e di fornitori indiretti e, quindi, con riguardo all'intera catena di approvvigionamento) funzionale ad identificare, prevenire o mitigare i rischi di una violazione di diritti umani e di danni all'ambiente, prevedendo misure preventive e rimediali nonché la regolamentazione di procedure di reclamo e di relazioni pubbliche periodiche. In ambito statunitense si vedano gli esempi illustrati da G.B. Portale, *La corporate social responsibility*, cit., pp. 947 ss., il quale ricorda come negli USA (ad esempio in Arizona), sin dagli anni '80, fosse stato concesso (quando non imposto) agli amministratori di tenere in considerazione interessi «altri» rispetto a quelli degli azionisti.

⁷ Si veda, ad esempio, il rapporto della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente del 1972 tenutosi in Stoccolma, le numerose Conferenze ONU susseguitesi sin dagli anni '90 e il documento europeo Strategia «Europa 2020», per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva e l'*Inception Impact Assessment* del luglio 2020.

⁸ Così v. le riflessioni, ad esempio, già di G. Minervini, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 1, pp. 618 ss., A. Asquini, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, pp. 619 ss.

⁹ Si è così affermato che la primazia dei soci non sarebbe più un dogma (v. G. Alpa, *Responsabilità degli amministratori*, cit., pp. 721 ss.) e ivi riff. Ed anzi si è affermato che «il passaggio dalla CSR alla ESG sembra comportare anche il superamento dell'approccio volontaristico e dunque di uno dei tratti caratteristici della “responsabilità sociale d'impresa”» (U. Tombari, *Corporate Social Responsibility (CSR), Environmental Social Governance (ESG) e «scopo della società»*, in *Riv. dir. Comm.*, pp. 226 ss.) Sul tema v. il recente lavoro monografico di R. Rolli, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna, 2021.

¹⁰ Sec. 172 del *Companies Act 2006* (UK).

¹¹ Cfr., per una più generale e recente critica, il lavoro di U. Tombari, *Corporate purpose e diritto societario*, cit., pp. 1 ss. M. Stella Richter jr, *Long-termism*, cit., pp. 16 ss.

tema¹² ed ai molteplici strumenti di *soft law* (come i codici di autodisciplina¹³, le diverse comunicazioni della Commissione europea¹⁴ e le risoluzioni del Parlamento europeo¹⁵) volti ad imporre doveri di rendere note le politiche gestorie al fine di sensibilizzarne un'impronta di lungo periodo, anche agli specifici (e recenti) strumenti di *hard law* che hanno introdotto doveri informativi di decisivo rilievo. Tra questi, si considerino, anzitutto, la Direttiva sull'informazione non finanziaria (2014/95/UE) che ha previsto obblighi informativi sulle politiche di gestione dei rischi ambientali e sociali, la successiva *Corporate Sustainability Reporting Standard Directive*, ovverosia la Direttiva (UE) 2022/2464, nonché la Direttiva sui diritti degli azionisti (2017/828/UE) che ha richiesto, tra altro, alle società di definire politiche di remunerazione che contribuiscano agli interessi di lungo termine e alla sostenibilità della società¹⁶.

¹² A titolo esemplificativo: Commissione europea, *Commission Staff Working Document – Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business and Human Rights: Overview of Progress*, 20.3.2019, SWD(2019) 143 final; *Corporate social responsibility (CSR) and its implementation into EU Company law*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 658.541 (novembre 2020); Commissione europea, *Study on Sustainability-Related Ratings, Data and Research*, 6.1.2021; nonché da ultimo: *Study on due diligence requirements through the supply chain* (gennaio 2020); *Study on director's duties and sustainable corporate governance* (luglio 2020).

¹³ Così, a parte il Codice di Corporate Governance italiano del 1° gennaio 2020 [che identifica il «successo sostenibile» come l'«obiettivo che guida l'azione dell'organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società» (Definizioni)], v.: i) il Codice di *corporate governance inglese* (Principle A) e ii) il Codice di autodisciplina francese (art. 1.1.).

¹⁴ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Il Green Deal europeo*, 11.12.2019, COM(2019) 640 final, Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*, 6.7.2021, COM(2021) 390 final, Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Tassonomia dell'UE, comunicazione societaria sulla sostenibilità, preferenze di sostenibilità e doveri fiduciari: dirigere i finanziamenti verso il Green Deal europeo*, COM/2021/188 final.

¹⁵ Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2020 sul governo societario sostenibile*, 2020/2137(INI), Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese*, 10.3.2021, 2020/2129(INL). Sul tema, più in generale, G. Strampelli, *La Strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders*, in *Riv. soc.*, 2021, 365 ss.

¹⁶ V., tra gli strumenti di *hard law*, oltre a quelli menzionati nel testo, anche: Reg. UE n. 852/2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili, Reg. UE n. 2088/2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari; Reg. UE n. 1011/2016 sugli indici usati come riferimento negli strumenti finanziari e nei contratti finanziari o per misurare la performance di fondi di investimento, Reg. UE n. 1817/2020 riguardante il contenuto minimo della spiegazione del modo in cui i fattori ambientali, sociali e di governance si riflettono nella metodologia degli indici di riferimento.

In questa direzione sembra poi collocarsi la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (2024/1760/UE) (d'ora innanzi, per brevità, anche CSDDD)¹⁷, la quale parrebbe ulteriormente incedere nel percorso descritto, non solo prescrivendo specifici doveri a imprese¹⁸ e amministrato-

¹⁷ Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 5/7/2024. L'iter di approvazione della CSDDD è stato piuttosto travagliato. Il Parlamento europeo aveva approvato, il 1° giugno 2023, numerosi emendamenti alla proposta della Commissione (*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, 23.2.2022, COM(2022) 71 final) che avevano modificato diversi aspetti pur non alterandone la struttura. Successivamente, all'inizio del 2024, l'iter di approvazione della proposta sembrava aver incontrato una battuta d'arresto, anzitutto in considerazione dei costi e oneri eccessivi che, secondo diversi degli attori coinvolti, tale Direttiva, una volta approvata, avrebbe avuto sulle catene del valore. Tuttavia, dopo il raggiungimento di un accordo sul diverso perimetro di applicazione della Direttiva contenuto nel testo di compromesso finale varato il 15 marzo dal Comitato dei Rappresentanti Permanenti, il Parlamento europeo, in data 24/4/2024, ha approvato la proposta con 374 voti a favore, 235 voti contrari e 19 astenuti, in data 24/5/2024 è stata approvata dal Consiglio e, in data 13/6/2024, è stata sottoscritta dal Presidente del Parlamento europeo. Per un primo commento della proposta di Direttiva CSDDD, v.: P. Davies *et al.*, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, 19.4.2021, ECGI, disponibile all'indirizzo <https://ecgi.global>, L. Enriques, *The European Parliament Draft Directive on Corporate Due Diligence and Accountability: Stakeholder-oriented Governance on Steroids*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 319 ss., M. Libertini, *Sulla proposta di direttiva UE su «Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese»*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 325 ss., U. Tombari, *La proposta di Direttiva sulla Corporate Due Diligence e sulla Corporate Accountability: prove (incerte) di un capitalismo sostenibile*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 375 ss.

¹⁸ Destinatarie della CSDDD sono le società di cui all'art. 2 della medesima Direttiva su cui non è qui possibile diffondersi. Basti solo affermare che, come anticipato, la versione definitiva della CSDDD ha innalzato le caratteristiche che le imprese devono avere per la sua applicazione, passando, ad esempio con riguardo alla prima delle fattispecie, ad un numero di dipendenti superiore a 1.000 ed un fatturato annuo globale superiore a € 450.000.000. L'art. 1, alla lettera a) precisa che la CSDDD intende disciplinare: a) le «obligations for companies» relative a «actual and potential human rights adverse impacts and environmental adverse impacts» con riguardo a (i) le loro attività, (ii) le attività delle loro «subsidiaries» e (iii) le attività svolte dai loro «business partners in the chains of activities of those companies»; b) la relativa responsabilità («liability for violations of the obligations as referred to in point (a)»); c) l'obbligazione delle società «to adopt and put into effect a transition plan for climate change mitigation which aims to ensure, through best efforts, compatibility of the business model and strategy of the company with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1.5° C in line with the Paris Agreement». La nuova (e definitiva) versione della CSDDD, già sul piano definitorio, oltre a distinguere tra *business partners* diretto e indiretto [art. 3, comma 1 lett. (f)] introduce il concetto di *chain of activities* [art. 3, comma 1, lett. (g)] che il *Considerando n. 25* definisce come «the chain of activities should cover activities of a company's upstream business partners related to the production of goods or the provision of services by the company, including the design, extraction, sourcing, manufacture, transport, storage and supply of raw materials, products or parts of the products and development of the product or the service, and activities of a company's downstream business partners related to the distribution, transport and storage of the product, where the business partners carry out those activities for the company or on behalf of the company [...] The term «chain of activities» as defined in this directive is without prejudice to the terms «value

chain» or «supply chain» as defined in or within the meaning of other EU legislation». In merito ai doveri, l'art. 5, rubricato «dovere di diligenza» («*due diligence*»), sancisce un dovere degli Stati membri di provvedere a che ciascuna società eserciti un dovere di diligenza [inteso, per espressa previsione dell'emendato *Considerando n. 19* (da leggersi da un punto di vista teleologico, anzitutto con il n. 16) come «obbligo di mezzi» (ma v. oltre l'apparente diverso tenore dell'art. 29, comma 4)] di realizzazione di un complesso sistema basato sui rischi in materia di diritti umani e di ambiente («Member States shall ensure that companies conduct risk-based human rights and environmental due diligence») di cui agli articoli da 7 a 16 e 22 (il cui adempimento è soggetto anche alla vigilanza di apposite autorità di controllo da designarsi da parte degli Stati membri ai sensi dell'art. 24), basato in sostanza sui seguenti «livelli» (v. *Considerando n. 20* così come sviluppato dalle diverse disposizioni): 1) l'integrazione del dovere di diligenza nelle politiche della società e nei sistemi di (*risk management*), con l'estensione dei codici di condotta lungo la catena del valore e l'ottenimento di connesse garanzie contrattuali dai soggetti facenti parte di essa, 2) l'individuazione e valutazione degli impatti negativi attuali o potenziali sui diritti umani e ambientali, 3) la prevenzione, arresto, mitigazione o attenuazione degli impatti negativi effettivi e potenziali lungo la catena del valore, proponendo anche soluzioni e coinvolgendo gli *stakeholders* (fornendo assistenza e risorse anche alle PMI, sospendendo o interrompendo i rapporti con i *partner* allorché gli impatti negativi non possano essere prevenuti o attutiti sufficientemente e salva una verifica di proporzionalità degli effetti derivanti dall'interruzione rispetto agli impatti negativi...), 4) il monitoraggio e la valutazione dell'efficacia delle misure, 5) la comunicazione, 6) la previsione di strumenti di *remediation* e, quindi procedure di reclamo (con l'individuazione dei soggetti legittimati a proporlo, tra i quali, le persone colpite o che hanno motivi di ritenere di essere colpite, i sindacati e le organizzazioni rappresentative dei lavoratori della *chain of activities*, le organizzazioni della società civile attive nei settori degli impatti ambientali), di notifica (v. l'aggiunta dell'istituto già con l'emendamento n. 208 del Parlamento europeo all'art. 9, ora art. 14) e riparatori/risarcitori. Un sistema accompagnato anche da meccanismi sanzionatori (*penalties*) che contempla (*at least*): (i) sanzioni pecuniarie (basate sul fatturato netto mondiale della società con un limite non inferiore al 5% del fatturato netto mondiale della società nell'esercizio precedente la decisione relativa alla sanzione); (ii) una dichiarazione pubblica indicante la società responsabile e la natura della violazione [v. l'art. 20 – ora art. 27 – già oggetto di emendamenti da parte del Parlamento europeo (emendamento n. 289) che individua quelli appena menzionati come meccanismi sanzionatori minimi]. Quanto più precisamente ai doveri «riparatori», sono previsti: (i) l'obbligo di intraprendere azioni per neutralizzare, porre termine al comportamento che ha rappresentato la violazione e di astenersi dal ripeterlo (art. 11), (ii) meccanismi ripparatori obbligatori, se gli impatti negativi sono stati causati dalla società, volontari, se sono stati causati solo da un *business partner* [così, in particolare, ancora l'art. 11 e l'art. 12, in uno con l'art. 3, comma 1, lett. t) e il *Considerando n. 58*, che, nell'attuale versione, descrivono tali meccanismi (*remediation of actual adverse impacts*) in maniera più sintetica rispetto al tenore dell'art. 8c (8-*quater* nella versione in lingua italiana) che era stato introdotto (e ora non riproposto) con l'emendamento del Parlamento europeo n. 205 il cui secondo comma, dopo aver spiegato che le misure di riparazione miravano a ripristinare la condizione delle persone e dei gruppi o delle comunità colpite o l'ambiente in una situazione equivalente o il più vicina possibile alla loro situazione prima dell'impatto, ne forniva un elenco esemplificativo più ampio rispetto a quello odierno che, invece, fa riferimento a «financial or non-financial compensation provided by the company to a person or persons affected by the actual adverse impact and, where applicable, reimbursement of the costs incurred by public authorities for any necessary remedial measures» (mentre il testo previgente affermava che tali strumenti «may include compensation, restitution, rehabilitation, public apologies, reinstatement or a contribution to investigations»).

ri¹⁹ di istituire misure adeguate per prevenire, attutire, minimizzare e rimuovere gli effetti negativi sui diritti umani e sull'am-

¹⁹ Il riferimento agli amministratori richiede sin d'ora una rilevante precisazione. Nell'*iter* descritto di approvazione della CSDDD, infatti, il ruolo degli amministratori è stato progressivamente sfumato sino a sostanzialmente scomparire (salve le considerazioni più oltre illustrate anche nel testo). Basti pensare che il termine *director* compare ora solo in due occasioni peraltro molto generiche nel nuovo testo: una è al *Considerando n. 15* per cui, nell'illustrare le genesi della Direttiva, il tema viene indicato tra i punti oggetto di attenzione dalle istituzioni («The European Parliament also calls for clarifying directors' duties in its own initiative report adopted on 2 December 2020 on sustainable corporate governance»); l'altra è al *Considerando n. 12* in relazione alla coerenza con altri obiettivi e con le strategie dell'Unione europea. Senza alcuna pretesa di esaustività, ma limitandosi, in questa sede, ad alcuni cenni utili ai fini delle presenti riflessioni, sembra che, sino all'ultima versione della CSDDD, fosse possibile distinguere gli obblighi degli amministratori in diretti e indiretti. Questi ultimi poteva ricavarsi di riflesso da quelli posti in capo all'ente (da essi amministrato) e, quindi, ricadenti nei loro doveri generali di diligenza (professionale) e, pertanto, tutt'ora, a mio modo di vedere, esistenti o, meglio, ricavabili dal tessuto normativo esistente; i primi sono (*recte*, erano), invece, quelli specificamente dettati dalle precedenti versioni della CSDDD ed oggi apparentemente espunti. Il primo aspetto delicato è la soppressione del *Considerando n. 64* che non era stato toccato dagli emendamenti approvati dal Parlamento europeo nell'estate 2023, per cui sarebbe stato opportuno attribuire la responsabilità del dovere di diligenza agli amministratori della società («Responsibility for due diligence should be assigned to the company's directors»): essi, avrebbero dovuto, quindi, essere responsabili della predisposizione delle azioni di diligenza previste dalla Direttiva, della relativa vigilanza e dell'adozione della politica di diligenza della società, tenendo «debitamente» conto dei contributi dei portatori di interessi e delle organizzazioni della società civile ed integrando il dovere di diligenza nei sistemi di gestione aziendale (così il testo precedente: «Directors should therefore be responsible for putting in place and overseeing the due diligence actions as laid down in this Directive and for adopting the company's due diligence policy, taking into account the input of stakeholders and civil society organisations and integrating due diligence into corporate management systems»); inoltre, essi avrebbero dovuto adattare la strategia aziendale per considerare gli impatti effettivi e potenziali individuati e le eventuali misure di diligenza adottate («Directors should also adapt the corporate strategy to actual and potential impacts identified and any due diligence measures taken»). Come anticipato, detto *Considerando* è stato espunto. Parimenti rilevante è la (forse) conseguente espunzione degli allora artt. 25 e 26, quest'ultimo, per vero, già soppresso dagli emendamenti del Parlamento europeo nn. 391 e 405. L'art. 25 si occupava direttamente della responsabilità degli amministratori. Esso, però, pur rubricato «Directors' duty of care», sembrava inerire più al *duty of loyalty*, in quanto sanciva il dovere degli amministratori di tenere conto, nell'agire nell'interesse della società (definito «*best*»), delle conseguenze in termini di sostenibilità, a breve, medio e lungo termine delle decisioni assunte, comprese, a titolo esemplificativo, quelle per i diritti umani, i cambiamenti climatici e l'ambiente. Essa precisava, inoltre, che gli Stati membri avrebbero dovuto provvedere affinché le rispettive disposizioni vertenti sulla violazione degli obblighi degli amministratori si applicassero anche alle previsioni della norma in questione. Sul punto va rilevato che, secondo alcuni autori, la norma avrebbe inteso precisare che l'interesse definito «superiore» («*best*») della società avrebbe dovuto ricomprendere i temi della sostenibilità, con la conseguente dimostrazione dello spostamento dei profili della sostenibilità sociale e ambientale anche sul piano dello scopo della società (G.D. Mosco, R. Felicetti, *Prime riflessioni sulla proposta di*

biente, ma ipotizzando altresì specifiche forme di responsabilità²⁰.

direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence, in *AGE*, 2022, p. 203). Tuttavia, va parimenti detto, che questa non appariva l'opinione prevalente, la quale sembrava, invece, ritenere comunque preminente l'interesse dei soci. Sul punto v., ad esempio, il recente contributo di G. Riolfo, *Sostenibilità sociale/ambientale dell'attività d'impresa*, cit., *passim* e spec. 212 ove si osservava che la previsione sarebbe stata analoga a quella contenuta nella Sec. 172 del Companies Act inglese che ha sancito il noto *enlightened shareholder value* senza scalfire la primazia degli interessi dei soci. Ciò a differenza di quanto avviene – sempre, invero per scelta dei soci – nelle società *benefit*. Lo stesso A. non mancava però di rilevare l'ambiguità del testo che ben avrebbe potuto aprire la strada ad interpretazioni diverse alla luce dell'intero sistema sempre più incline a dare rilievo agli *stakeholders*. L'art. 26, invece, prima della sua menzionata soppressione, era rubricato «*Setting up and overseeing due diligence*» e pareva declinare effettivamente i doveri di diligenza degli amministratori imponendo agli Stati membri di provvedere affinché gli amministratori delle società fossero responsabili della predisposizione delle azioni di diligenza previste dalla Direttiva e della relativa vigilanza e, in particolare, della politica del dovere di diligenza, tenuto debitamente conto dei contributi dei portatori di interessi e delle organizzazioni della società civile. Inoltre, si imponeva agli Stati membri di provvedere affinché gli amministratori stessi attuassero iniziative di adeguamento della strategia aziendale per tenere conto degli impatti negativi e delle misure di cui agli allora articoli da 7 a 9. Sul punto va aggiunto che, alla soppressione dell'art. 26, era stato modificato il comma n. 3 dell'allora art. 15 dall'emendamento n. 256 (non riproposto nella versione definitiva della CSDDD) che aveva espressamente contemplato il dovere degli Stati Membri di assicurare che gli amministratori fossero responsabili della supervisione degli obblighi in tema di lotta ai cambiamenti climatici e che le società con più di mille dipendenti in media dovessero garantire politiche di remunerazione collegate al piano di transizione della società contemplato dalla medesima norma. Come si avrà modo di vedere oltre, riterrei che queste espunzioni non dovrebbero essere sopravvalutate: anzi, se l'intento era quello di contenere la responsabilità degli amministratori, forse la scelta avrebbe dovuto essere quella di disciplinarla, in quanto, diversamente, appare pressoché scontata (perché «spontanea») la possibile riespansione dei principi e delle norme generali, i quali, come si avrà parimenti modo di sostenere nel testo, potrebbero dare vita a responsabilità ancor più intense (come l'utilizzo, ad esempio, dell'art. 2395 c.c. per colpire direttamente l'organo gestorio per violazione di norme in tema di sostenibilità o di diritti dei terzi attinti da tali valori).

²⁰ L'art. 29, ora rubricato «[c]ivil liability of companies and a right to full compensation», il cui rapporto rispetto all'art. 12 sembrerebbe di non immediata soluzione (se non, forse, identificabile in quello di genere – l'art. 12 – a specie – l'art. 29) si occupa espressamente della responsabilità delle società che («*intentionally or negligently*») non hanno ottemperato agli obblighi previsti agli artt. 10 e 11. Essa sussiste, in particolare solo ove (i) «the right, prohibition or obligation» elencati nell'allegato della CSDDD (che descrive, appunto, i diritti, i divieti e gli strumenti normativi relativi alla tutela dell'ambiente e dei diritti umani e, quindi, l'oggetto degli impatti negativi che la Direttiva intende fronteggiare) siano diretti a proteggere la persona fisica o giuridica danneggiata e (ii) tali violazioni abbiano causato un danno all'interesse della persona (fisica o giuridica) protetto dal diritto nazionale. La norma ha poi modo di precisare che la società non può essere considerata responsabile se il danno è stato causato solo da un suo «*business partner in its chain of activities*». Seguono successivi commi volti a fissare alcuni principi minimi di disciplina delle azioni risarcitorie. L'attuale previsione, quindi, differisce dalla versione licenziata dal Parla-

Tanto premesso, è in questo quadro che è parso necessario, con il presente lavoro, intraprendere una riflessione di più ampio respiro su alcune coordinate fondamentali del fenomeno societario e, segnatamente, sul rapporto tra l'interesse dei soci al lucro, il rilievo degli interessi di terzi (attinenti alla sostenibilità) ed il (possibile) nuovo ruolo dell'organo amministrativo [che, specie nelle società di rilevanti dimensioni e comunque operanti nell'ambito della c.d. catena del valore (o, meglio, secondo il nuovo testo della Direttiva CSDDD, «companies' chains of activities»), è passato da (antico) «mandatario» dei soci, a «gestore» professionale (con

mento europeo nel 2023 che faceva riferimento, come condizione per il risarcimento, all'esistenza di un danno cagionato da un impatto negativo effettivo (aggettivo aggiunto proprio dall'emendamento n. 299 del Parlamento europeo) che avrebbe dovuto essere individuato, definito come prioritario (aggettivo, anch'esso, aggiunto dall'emendamento n. 299 del Parlamento europeo), prevenuto, attutito, arrestato, riparato o minimizzato mediante le misure adeguate previste nella Direttiva (all'epoca in versione di proposta). È da rilevare che l'emendamento n. 271 del Parlamento europeo aveva altresì inserito un comma all'allora art. 18 (il n. 7c o 7 – *quater* nella versione in lingua italiana) per cui le decisioni delle autorità di controllo lasciavano (e lasciano tuttora essendo stato trasfuso nel comma 9 dell'odierno art. 25) impregiudicata la responsabilità civile della società ai sensi dell'allora art. 22 (odierno art. 29). Tornando proprio a quest'ultima, tale norma prevede anche che, a determinate condizioni, gli Stati Membri possano ammettere la legittimazione ad agire, nell'interesse delle parti danneggiate, dei sindacati, delle organizzazioni non governative o delle istituzioni nazionali per i diritti umani. La responsabilità parrebbe estendersi, a determinate condizioni, anche agli attori della catena «[w]hen the damage was caused jointly by the company and its subsidiary, direct or indirect business partner, they shall be liable jointly and severally, without prejudice to the provisions of national law concerning the conditions of joint and several liability and the rights of recourse». A proposito del gruppo, l'art. 4a prevedeva specifici obblighi delle capogruppo per conto delle proprie controllate anche se non pare riproposto l'emendamento del Parlamento europeo n. 304: «In such instances as where a subsidiary is under the scope of this Directive and has been dissolved by the parent company or has dissolved itself intentionally in order to avoid liability, the liability can be imputed to the parent company in case there is no legal successor». Neppure sembra essere stato riproposto l'emendamento n. 203 approvato dal Parlamento europeo che, nell'introdurre l'allora art. 8a (8-bis nella versione italiana), prevedeva anche un rilevante coinvolgimento degli investitori istituzionali i quali avrebbero dovuto adottare misure per indurre le loro società partecipate a porre fine agli impatti negativi. Sempre l'art. 29, inoltre, quantomeno *prima facie*, parrebbe ammettere pure alcune forme di duplicazioni risarcitorie che ovviamente richiederebbero alcune riflessioni che non possono essere qui sviluppate: «The civil liability of a company for damages arising under this provision shall be without prejudice to the civil liability of its subsidiaries or of any direct and indirect business partners in the chain of activities of the company» (comma 5). Infine, il nuovo comma 4 sembra introdurre una rilevante limitazione alla considerazione per cui il dovere di diligenza sia strettamente di mezzi come sopra sinteticamente illustrato. Si afferma, infatti, che: «Companies that have participated in industry or multi-stakeholder initiatives, or used independent third-party verification or contractual clauses to support the implementation of due diligence obligations may nevertheless be held liable in accordance with this Article».

la riforma del 2003) e oggi, forse, a «compositore» di diverse istanze non più solo di rilievo privatistico.

Riflessioni che sembrano necessariamente sfociare nel tema della responsabilità c.d. diretta²¹, quale notoriamente tema di vertice del fenomeno societario²².

2. I possibili confini dell'interesse sociale e la rilevanza degli interessi dei soci e dei terzi (note metodologiche)

Sembra opportuno partire, pare scontato, dal sempiterno tema dell'interesse sociale non essendo affatto agevole comprendere, nel contesto descritto, se il rispetto o, persino, il perseguimento della sostenibilità rientri o meno nella nozione di interesse sociale, posto che le numerose norme già oggi vigenti (e ancor di più allorquando sarà recepita la Direttiva CSDDD²³) potrebbero quantomeno ritagliare una possibile area di esonero da responsabilità dell'organo amministrativo allorché investa risorse a tal fine²⁴, tenuto peraltro anche conto dei limiti della *Business Judgment Rule*²⁵.

²¹ Ex art. 2395 c.c. (per le S.p.A., mentre il riferimento è, ovviamente, all'art. 2476, comma 7 c.c. per le s.r.l.: per brevità, nel prosieguo, ci si riferirà soltanto all'art. 2395 c.c.) o, più in generale dell'art. 2043 c.c. L'indagine sulla responsabilità della società e degli amministratori verso terzi, con riguardo, in particolare, al mancato perseguimento o rispetto di loro «interessi» legati alla sostenibilità è stata sinora indagata soltanto con riguardo alle società *benefit*. A tal proposito interessanti riflessioni si leggono in un recente contributo, apparso nelle more della redazione di una prima versione del presente contributo, in G. Riolfo, *Sostenibilità sociale/ambientale dell'attività d'impresa*, cit., p. 185. Contrariamente a quanto ritenuto dall'orientamento prevalente (v., per tutti, E. Codazzi, *Società benefit (di capitali) e bilanciamento di interessi: alcune considerazioni sull'organizzazione interna*, in *Rivista ODC*, 2020, pp. 606 ss., F. Calagna, *La nuova disciplina della «Società Benefit»: profili normativi e incertezze applicative*, in *RDS*, 2016, p. 733, M. Palmieri, *L'interesse sociale: dallo shareholder value alle società benefit*, in *Banca Impresa Società*, 2017, pp. 276 ss.) il citato Autore ipotizza la legittimazione ad agire dei terzi verso società e amministratori ancorché non creditori o consumatori. Si veda oltre l'approfondimento del punto anche con riguardo alla teoria qui proposta.

²² Sul tema sia concesso rinviare, da ultimo a F. Sudiero, *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Torino, 2020, *passim*.

²³ L'art. 30 prevede un termine di due anni (per l'esattezza entro il 26/7/2026) per il recepimento della Direttiva dalla sua entrata in vigore con diverse ulteriori precisazioni con riguardo ai diversi soggetti coinvolti da essa.

²⁴ Come si sostiene nell'ambito della teoria dello *Stakeholderist* in accezione «debole» (E. Barcellona, *La sustainable corporate governance*, cit., pp. 1 ss.).

²⁵ Sulla *Business Judgment Rule* – la cui nozione può darsi qui per presupposta – la letteratura è sterminata sicché si omette qualsivoglia riferimento che, in ogni caso, sarebbe

Il tema è, come noto, assai complesso²⁶, sicché, senza alcuna pretesa di esaustività, ci si limiterà a tracciare alcune essenziali linee metodologiche e di confine necessarie per gli obiettivi del presente lavoro.

La risposta al predetto interrogativo, a mio sommo avviso, potrebbe essere data solo risolvendo previamente altri due quesiti, ossia: i) sino a quando si possa sacrificare l'interesse al lucro dei soci (qui in avanti, per brevità «interesse lucrativo») e, ancor prima, se tale interesse sia giuridicamente tutelabile; ii) se la posizione dei terzi sia parimenti giuridicamente direttamente tutelabile (nei confronti dell'organo amministrativo e dei soci).

In questo modo, si potrebbero, da una parte – ma trattasi di un obiettivo che necessariamente trascende le capacità di questo scritto – tracciare (ma, riterrei, in negativo) i confini della nozione di interesse sociale (la quale, quindi, per questa via, potrebbe, attraverso forse un inusuale percorso metodologico, essere desunta per «sottrazione»), dall'altra – e questa è la finalità principale del presente lavoro –, conseguentemente individuare i connessi possibili profili di responsabilità diretta degli amministratori (e, forse, anche dei soci) nell'attuale descritto contesto pervaso dai valori della sostenibilità.

Lo scopo, pertanto, non è quello di verificare la (scontata) responsabilità degli amministratori verso la società o i creditori sociali (ex artt. 2393 e 2394 c.c.) per la violazione di norme specifiche sulla sostenibilità che abbiano determinato la lesione del patrimonio sociale (per esempio, in conseguenza di eventuali connesse sanzioni) né la (altrettanto – quasi²⁷ – scontata) responsabilità, ex art. 2395 c.c., degli stessi verso i soci per la lesione all'immagine o per il danno c.d. «ultraproporzionale» derivante dai *rumors* di borsa in conseguenza della notizia di gravi illeciti perpetrati dalla società, bensì quello di verificare se, e in che misura, da una parte, sia (ancora) tutelabile l'interesse

incompleto. Alcuni autori ritengono non applicabile la *BJR* a tali connesse valutazioni (v., ad esempio, E. Barcellona, *La sustainable corporate governance*, cit., pp. 1 ss., ma sul punto v. oltre).

²⁶ Il tema dell'interesse sociale è uno dei più dibattuti nel diritto societario, la relativa bibliografia (da Ascarelli, Mignoli, Asquini, Cottino, d'Alessandro in avanti) è copiosa ed ogni riferimento sarebbe incompleto. Non pare, tuttavia, possibile omettere i riferimenti a chi ha dedicato gran parte dei propri studi al tema: P.G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, *passim*; Id., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 795 ss., nonché, sempre in ricordo dello stesso A., AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010, *passim*. Più recentemente v. P. Montalenti, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Riv. soc.*, 2018, 2, pp. 303 ss.

²⁷ Sulla complessità dei confini di tale responsabilità, specie rispetto al c.d. «danno riflesso», sia consentito rinviare nuovamente a F. Sudiero, *La tutela risarcitoria del socio*, cit., pp. 103 ss. e 107 ss.

lucrativo del socio²⁸, dall'altra, siano direttamente tutelabili gli interessi degli *stakeholders*²⁹.

3. L'interesse lucrativo dei soci

Occorre partire dall'interesse lucrativo dei soci. Due sono gli elementi sistematici che sembra necessario considerare onde perimetrarne i confini.

Anzitutto, è noto che i soci non possano vantare, sino all'approvazione del rendiconto, nelle società di persone, e, sino alla delibera di distribuzione in quelle di capitali, alcun diritto agli utili (ancorché prodotti)³⁰. In secondo luogo, è parimenti noto come il danno riflesso – ovverosia il danno arrecato al valore ed alla redditività della partecipazione – non sia, di regola³¹, risarcibile direttamente in favore del socio. Secondo alcuni si tratterebbe di una scelta di vertice derivante dal combinato disposto degli artt. 2395 e 2497 c.c.³²: il danno riflesso, infatti, pur potendo anch'esso essere conseguenza diretta ed immediata della condotta degli amministratori in quanto il danno prodotto da essa sarebbe oggettivamente unitario e solo soggettivamente e giuridicamente «sdoppiato» (c.d. *Doppelschaden*), verrebbe, tuttavia, «incanalato»

²⁸ In generale parla di «crisi» del paradigma dello scopo lucrativo dell'art. 2247 c.c. D. Stanzone, *Scopo e oggetto dell'impresa societaria*, cit., pp. 1023 ss. C. Angelici, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, pp. 433 ss. affermava già: «persino l'interesse a prima vista centrale, quello degli azionisti, non è in realtà immediatamente tutelato, riconoscendo una «pretesa» azionabile in caso di «inadempimento» bensì solo se e in quanto il suo sacrificio è giustificabile per ragioni di efficienza imprenditoriale».

²⁹ Si è affermato, con riguardo a tale aspetto, persino che «[d]a più parti avanza l'idea che la grande impresa non possa limitarsi a perseguire il profitto per i propri azionisti: come scopo generale la corporation deve tendere in modo profittevole a risolvere i problemi delle comunità di riferimento e del pianeta, curando, conseguentemente, anche gli interessi dei principali stakeholders» (U. Tombari, *Corporate purpose e diritto societario*, cit., pp. 1 ss.). Il che potrebbe determinare la crisi non solo del paradigma dello scopo lucrativo (v. nota che precede), ma anche – a ben vedere – delle società *benefit* stesse (v. sul punto, D. Stanzone, *Scopo e oggetto dell'impresa societaria*, cit., pp. 1023 ss.).

³⁰ V., ad esempio, Cass., 28 aprile 2021, n. 11223, in *Giur. comm.*, 2023, II, pp. 485 ss., Cass., 25 gennaio 2016, n. 1261, in *Giur. it.*, 2016, 11, n. 2436.

³¹ Il punto è pacifico. In giurisprudenza, sulla non risarcibilità del danno riflesso v., *ex multis*: Cass., 17 febbraio 2023, n. 5045, Id., 30 maggio 2019, n. 14778; Id., 24 luglio 2014, n. 16963, tutte in *De Jure*, Trib. Napoli, 20 settembre 2023, n. 8534, in *Onelegale*, Trib. Milano, 21 marzo 2019, in *Giur. it.*, 10, 2019, 2188 ss., Trib. Roma, 22 ottobre 2018, in www.ilcaso.it.

³² Per tutti, v., V. Pinto, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. II, Torino, 2007, p. 902 ed ivi riferimenti a dottrina e giurisprudenza; *contra* F. Frumigli, *Danni del socio e danni della società*, nota a Cass., 3 aprile 1995, n. 3903, in *Corr. giur.*, 1995, pp. 2082 ss.

(c.d. *Haftungskanalisation*), per scelta legislativa, in favore della società³³, in questo modo, infatti, non solo si eviterebbero duplicazioni risarcitorie³⁴ ma anche le cc.dd. «fuoriuscite patrimoniali volontarie» ovvero che il socio venga «a ritirare, per obliqua via, una parte del capitale conferito, prima che i creditori sociali siano soddisfatti; si verrebbe cioè a ridurre il capitale senza le garanzie volute dalla legge»³⁵, tutelando il vincolo di destinazione impresso sul patrimonio comune per il raggiungimento dell'oggetto sociale³⁶.

Sicché, ancor prima di riflettere sul tema della sostenibilità, già di per sé questi indici sistematici sembrano porre, almeno di regola, l'interesse lucrativo dei soci sostanzialmente in secondo piano rispetto all'interesse sociale, non potendo questi far valere nel proprio interesse pregiudizi arrecati in via diretta al patrimonio sociale, se non agendo nell'interesse della società (attraverso una *derivative suit*, ove consentito).

Ciò considerato, parrebbe, in effetti, utile domandarsi se residuino spazi di tutela per l'interesse lucrativo dei soci e se questo, quindi, in fin dei conti, esista giuridicamente.

Sul punto mi è già parso di poter sostenere³⁷ l'esistenza di tre possibili distinte fattispecie in cui poter individuare spazi di tutela di un siffatto interesse: i) quello della eliminazione/soppressione *a monte* della prerogativa sociale agli utili (da intendersi, in senso lato, quale prerogativa patrimoniale tipica della partecipazione sociale), ii) quello della lesione *a valle* di tale prerogativa, per vero già «diritto soggettivo», in quanto sorto a seguito dei menzionati adempimenti societari (approvazione del rendiconto, nelle società di persone, delibera di distribuzione, nelle società di capitali) e iii) quello della posizione dei soci di fronte alla discrezionalità della maggioranza e dell'organo gestorio, rispettivamente, sulla destinazione e sulla produzione degli utili di esercizio. Pare opportuno esaminarne i contorni.

³³ V., a titolo esemplificativo: V. Pinto, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 921; R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 665 ss.; A. Borgioli, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 700.

³⁴ Così già C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, II, *Le società commerciali*, Milano, 1929, p. 356.

³⁵ A. Vighi, *I diritti individuali degli azionisti*, Parma, 1902, p. 124.

³⁶ A. Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, p. 144. Non a diverse conclusioni si potrebbe giungere sostenendo altra tesi, ovvero sia quella per cui l'inammissibilità del risarcimento del danno riflesso deriverebbe dalla stessa soggettività giuridica della società (sul punto sia consentito rinviare a F. Sudiero, *La tutela risarcitoria del socio*, cit., *passim*).

³⁷ Sia concesso rinviare ancora a F. Sudiero, *Danno diretto al socio (anche di società di persone) e ripartizione degli utili: dal diritto soggettivo all'interesse legittimo di diritto societario?*, nota a Cass., 28 aprile 2021, n. 11223, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 485.

3.1. Le principali ipotesi di lesione del diritto soggettivo all'utile

La prima e la seconda delle ipotesi esaminate potrebbero rappresentare, in effetti, lesioni specifiche a diritti soggettivi del socio, integrate dalle seguenti fattispecie:

i) la sistematica decisione di non distribuire gli utili (mediante la sistematica mancata presentazione e/o approvazione del rendiconto, nelle società di persone, o, a causa di una decisione negativa al riguardo, sia nelle società di capitali che in quella di persone³⁸);

ii) l'introduzione o, comunque, l'esistenza di un patto leonino;

iii) il mancato ingiustificato pagamento di utili dopo i dovuti adempimenti societari (quali l'approvazione del rendiconto, nelle società di persone, la decisione della relativa distribuzione, nelle società di capitali).

Partendo dal caso *sub iii*) potrebbe, in effetti, sostenersi che l'eventuale depauperamento del patrimonio sociale successivo all'approvazione del rendiconto, nelle società di persone, e, alla decisione della distribuzione degli utili, nelle società di capitali, possa rappresentare un pregiudizio diretto, posto che, a seguito di essi, il socio parrebbe vantare, *pro-quota*, un diritto su quella frazione di patrimonio, corrispondente all'equivalente del valore dell'utile, ormai separato da quello della società in conseguenza dei medesimi adempimenti, non potendo essere più suo mero riflesso. Sicché se, a seguito dei necessari adempimenti societari descritti, l'organo amministrativo: (a) non distribuisce *tout court* gli utili nonostante la capienza del patrimonio sociale e/o (b) non distribuisce gli utili poiché il patrimonio sociale è divenuto incapiente per fatto allo stesso imputabile, il socio potrebbe vantare un diritto al risarcimento del danno diretto (quantomeno ex art. 2395 c.c.)³⁹ identificato nella mancata distribuzione dell'utile⁴⁰, quale pregiudizio ad un diritto soggettivo.

Quanto al caso *sub ii*), si discute sulle conseguenze della dichiarazione di nullità del patto leonino, pacificamente applicabile, come noto, anche alle società di capitali⁴¹: alcuni interpreti configurano il rapporto, originato dal

³⁸ Infatti, se è vero che nelle società di persone il diritto agli utili sorge con l'approvazione del rendiconto, è altrettanto vero che, in caso di accordo in tal senso, eventualmente sulla base di una decisione a maggioranza, ove consentito dal contratto sociale, i soci potrebbero decidere di non distribuire l'utile.

³⁹ Applicabile anche alle società di persone secondo l'orientamento prevalente (v., recentemente, Cass., 28 aprile 2021, n. 11223, cit., nonché già Id., 25 gennaio 2016, n. 1261, Id., 25 luglio 2007, n. 16416, Id., 13 dicembre 1995, n. 12772, Id., 10 marzo 1992, n. 2872, tutte in *De Jure*).

⁴⁰ Anche se, con riferimento alla seconda delle due «sotto-ipotesi» descritte, ci si potrebbe trovare più in un caso di lesione del diritto di credito del socio e, dunque, una manifestazione dell'art. 2394 c.c. con riguardo al socio-creditore.

⁴¹ Così già, per tutti, P. Greco, *Garanzie di utili e retribuzione di apporti nel contratto di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, 138 ss., G. Cottino, *Società per azioni*, in *Noviss. Dig. it.*,

contratto nullo, come rapporto sociale di fatto, al quale, in assenza di diversa regolamentazione contrattuale, potrà applicarsi, in materia di società di persone, l'art. 2263⁴², con la conseguenza di poter recuperare i risultati dell'attività sociale verificatasi *medio tempore* e, sulla base di essi, liquidare la partecipazione sociale⁴³; nel caso di patto leonino stipulato nell'ambito di una società di capitali, parte della dottrina, invece, ritiene sia che il carattere tassativo delle cause di nullità previste dall'art. 2332 c.c. precluda l'estensione dell'invalidità all'intero contratto sociale, quand'anche la partecipazione «leonina» avesse carattere essenziale, sia che la dichiarazione dell'invalidità della singola partecipazione non abbia carattere retroattivo, operando, quindi, come causa di recesso *ex lege* del socio, con la conseguenza che la partecipazione dovrà essere liquidata in base alla situazione patrimoniale esistente al momento in cui viene accertata la nullità del rapporto individuale⁴⁴. Ebbene, in questo scenario, non parrebbe peregrino riconoscere ai soci pregiudicati dal patto leonino, il risarcimento del danno diretto, ovvero del danno arrecato al diritto alla potenziale redditività della partecipazione sociale⁴⁵: la declaratoria di nullità potrebbe, quindi, essere accompagnata da una sentenza di condanna al risarcimento dei danni patiti dai soci esclusi dagli utili, potendosi ipotizzare, sul versante della quantificazione, che il danno possa essere pari a quanto gli stessi avrebbero potuto ricevere *medio tempore* a titolo di utili⁴⁶.

Stesso discorso potrebbe farsi per il caso *sub i*), ovvero di sistematica mancata distribuzione di utili (pur prodotti) a causa della costante omessa: (i) presentazione e/o approvazione del rendiconto, nelle società di persone (o della eventuale costante decisione di destinarli altrove a maggioranza, laddove possibile⁴⁷) o (ii) approvazione della relativa delibera di distribuzione, nelle società di capitali. In tale caso, al di là di possibili responsabilità per

Vol. XVII, Torino, 1970, 584 ss. e, poi, N. Abriani, *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994, 77, O. Cagnasso, *La società semplice*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 113, nonché, più recentemente, M. Speranzin, *Vendita della partecipazione di «controllo» e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, 291, R. Santagata, *Il divieto del patto leonino*, in *Trattato delle società di persone*, diretto da F. Preite, a cura di F. Preite, C.A. Busi, Milano, 2015, I, 381.

⁴² G. Cottino, M. Sarale, R. Weigmann, *Società di persone e consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. III, Padova, 2004, p. 113.

⁴³ N. Abriani, *Il divieto del patto leonino*, cit., p. 112.

⁴⁴ Ivi, p. 113.

⁴⁵ Il che crea una forte similitudine col danno riflesso *ex art.* 2497 c.c., anche se quest'ultimo consiste, a differenza di quello che ci occupa, in un danno arrecato al patrimonio della società.

⁴⁶ Purché essi siano stati effettivamente prodotti e, nelle società di persone, sia stato approvato il rendiconto, in quelle di capitali, ne sia stata approvata la distribuzione – ovviamente – al socio «leo». Diversamente, occorrerebbe applicare congiuntamente questa ipotesi a quella sopra indicata come *sub i*) su cui v. subito nel testo.

⁴⁷ L'art. 2262 c.c. fa salvo, infatti, il «patto contrario».

deliberazione negativa (se del caso coinvolgendo anche il socio di minoranza che abbia esercitato «abusivamente» il proprio veto⁴⁸), ci si potrebbe trovare dinnanzi o alla introduzione di un patto leonino di fatto⁴⁹ o ad una violazione, ricostruita in chiave sistematica, delle norme in tema di condizione (e, segnatamente, attraverso la *fictio* dell'art. 1359 c.c.)⁵⁰ o, comunque, ad una disfunzione patologica del contratto sociale con conseguente risarcimento del danno sostanzialmente⁵¹ riflesso⁵².

3.2. Un'ulteriore ipotesi di lesione al diritto soggettivo alla redditività e l'interesse legittimo di diritto societario

Più complesse sono le fattispecie in cui gli utili non vengano prodotti in conseguenza di atti compiuti dagli amministratori o, pur prodotti, i soci decidano di non distribuirli (ma fuori dall'ipotesi, appena vista, di sistematica e costante decisione in tal senso).

Sul punto occorre distinguere i casi in cui si ritenga risarcibile il danno riflesso da quelli in cui non lo si ritenga risarcibile.

Fuori dai primi (in questa sede non esplorabili)⁵³, l'interesse lucrativo parrebbe «affogare» nell'irrisarcibilità del danno riflesso e, pertanto, non

⁴⁸ Tema che non può ovviamente qui essere approfondito. Sulla responsabilità in generale per delibere negative ovvero non assunte o valide ma sospese si veda, a titolo esemplificativo, E. La Marca, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012, pp. 329 ss. e, per una recente panoramica sulle delibere negative, v. S. Brighenti, *Deliberazioni negative: problematiche ed ipotesi di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 1454 ss. In generale v., per tutti, M. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003, pp. 78 ss.; P. Ferro Luzzi, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1993, pp. 53 ss.

⁴⁹ Sul fatto che il patto leonino debba evincersi dall'aspetto sostanziale senza che sia necessario che esso rivesta particolari formalità si veda, ad esempio, Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Soc.*, 1995, p. 178.

⁵⁰ In altre parole, si potrebbe considerare, quale fondamento comune, l'impedimento abusivo a che si verifichi la condizione che fa scattare il diritto del socio al dividendo, tant'è che, essendovi un risultato di esercizio che astrattamente consentirebbe la distribuzione di utili, solo e soltanto il comportamento di soggetti altri rispetto al socio leso ha impedito tale distribuzione.

⁵¹ La società in tal caso non subisce alcun pregiudizio, pertanto si tratta di un danno (essenzialmente) diretto, ma quantificato (in parte) alla stregua di un danno riflesso e, segnatamente, considerando la lesione alla redditività della partecipazione.

⁵² Sia consentito rinviare a F. Sudiero, *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, cit., pp. 79 ss. e, più precisamente, sul risarcimento del danno riflesso per disfunzione dei tratti societari tipici, pp. 182 ss.

⁵³ Ovverosia quelli previsti espressamente dalla legge, come, ad esempio, l'art. 2497 c.c. o ipotizzabili allorché, nella sostanza, il contratto di società non possa più definirsi tale poiché, secondo una tesi altrove sostenuta, vengono meno le ragioni della canalizzazione in suo esclusivo favore delle utilità derivanti dall'attività [mancanza di: *esercizio in comune dell'attività; attività economico-imprenditoriale (o produttiva); alterità soggettiva sostanziale*] (V. riferimenti nella nota che precede).

sarebbe tutelabile. Ciò, quantomeno, se la prospettiva rimanesse quella del diritto soggettivo.

Sul punto pare opportuna una riflessione. Come visto, il diritto specifico al «dividendo» è sacrificabile⁵⁴: nelle società di persone ove i patti sociali abbiano così previsto magari rimettendo la decisione alla maggioranza e, per legge, nelle società di capitali, essendo necessaria apposita delibera di distribuzione. Cionondimeno, sembra parimenti innegabile l'esistenza (ontologica o «esistenziale», nel contratto di società) di un interesse del singolo socio a che gli altri soci (sia nelle società di persone⁵⁵ che in quelle di capitali) e, più in generale, gli amministratori, nel sacrificare⁵⁶ il suo interesse alla distribuzione del dividendo, operino correttamente e nel perseguimento dell'interesse sociale quale interesse «sommo» di riferimento [qualunque sia il suo specifico significato, ma che, forse, potremmo individuare (per il momento⁵⁷, anche perché in linea con il citato dato «positivo» del Codice di *corporate governance* italiano per le società quotate⁵⁸ e non solo⁵⁹) nel c.d. «successo sostenibile», ovvero sia l'esercizio dell'attività di impresa in chiave *long term*⁶⁰].

Tale considerazione, unitamente alla sempre maggiore attenzione, come si è visto, verso interessi cc.dd. «altri» – che inevitabilmente sembrano allontanare (progressivamente) l'interesse lucrativo dei soci dal rappresentare l'oggetto, se non esclusivo, quantomeno principale dell'attenzione dell'organo amministrativo –, pare evocare, dinnanzi ad una sempre più complessa e, quasi «pubblicistica»⁶¹, attività discrezionale di quest'ultimo (e, forse, anche

⁵⁴ Salvo quanto sopra detto.

⁵⁵ Se, per esempio, si è pattuito che, a maggioranza dei soci, l'utile, dopo l'approvazione del rendiconto, possa essere reinvestito o diversamente destinato.

⁵⁶ I primi, mediante destinazione degli utili ad altro, i secondi anche mediante la loro non produzione in conseguenza delle politiche gestorie.

⁵⁷ E ciò senza alcuna pretesa di esaustività, essendo sufficiente, per le riflessioni oggetto di questo lavoro, individuare l'esistenza di un interesse «sommo» di riferimento in relazione al quale l'interesse lucrativo viene sacrificato, rinviando alla già menzionata letteratura per una più compiuta delineazione del significato di interesse sociale nonché a futuri approfondimenti volti a perimetrarne la portata in considerazione del rilievo della sostenibilità.

⁵⁸ Che identifica il «successo sostenibile» come l'«obiettivo che guida l'azione dell'organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società» [Codice di Corporate Governance italiano del 1° gennaio 2020 (Definizioni)].

⁵⁹ V. l'*excursus* storico in apertura del presente contributo sull'evoluzione della sostenibilità nel diritto societario e di impresa.

⁶⁰ Così, anche, Assonime, *Doveri degli amministratori e sostenibilità. Rapporto Assonime (Note e studi 6/2021)*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 1328, ove si precisa che «lo scopo dell'impresa quotata» guarderebbe «ad una dimensione più ampia, nella quale il profitto è l'auspicabile prodotto della ragion d'essere dell'impresa societaria, ma non si identifica più integralmente in essa».

⁶¹ Come detto, si è parlato, non a caso, di rischio di «politicizzazione» della società per azioni (E. Barcellona, *La sustainable corporate governance*, cit., pp. 1 ss.) o comunque che

della maggioranza allorché venga coinvolta in decisioni strategiche, a partire dalla destinazione dell'utile), l'istituto dell'*interesse legittimo* (necessariamente, essendo questo il settore) *di diritto privato* o, meglio, per declinarlo nella fattispecie, *di diritto societario*.

L'istituto⁶², di nota derivazione pubblicistica, è stato definito come la «situazione soggettiva (sostanziale) di vantaggio, ma inattiva, il cui soddisfacimento (o il cui sacrificio temporaneo o definitivo) dipende dal comportamento (legittimo) positivo o negativo a seconda dei casi, ma sempre discrezionale, di un altro soggetto»⁶³. La dottrina che più si è occupata della ricerca delle relative applicazioni nel diritto societario, ha fatto ricorso ad esso a proposito di alcune decisioni discrezionali della maggioranza, quali l'esclusione del diritto di opzione e – proprio – la distribuzione degli utili, evidenziando che, in tali casi, i soci (di minoranza) si troverebbero in una posizione idonea ad essere estinta in maniera non soddisfattiva da un potere discrezionale e non arbitrario esercitato legittimamente ogniqualvolta lo strumento o la decisione in concreto adottata appaiano idonei, effettivamente ed oggettivamente, tenuto conto delle circostanze del caso, a realizzare l'interesse fondamentale di riferimento (al quale, peraltro, quegli stessi interessi si ricollegano)⁶⁴. Ovverosia, nel nostro caso, secondo l'ipotizzata tesi della progressiva incidenza della sostenibilità sull'interesse sociale, lo svolgimento di un'attività di impresa in modo sostenibile e, quindi, in chiave *long term*.

Anche nel diritto societario parrebbero esservi, quindi, degli interessi, non assurgenti a diritti soggettivi, che, cionondimeno, dovrebbero essere considerati dalla maggioranza (e dall'organo amministrativo) nel perseguimento di un interesse «sommò» di riferimento. In questo senso, pertanto, il singolo socio potrebbe rivestire – ed è ciò che più rileva ai fini dell'economia

«[a]ccanto ai tradizionali *stakeholders* vengono individuate categorie di soggetti o di interessi protetti tali da trasformare i doveri degli amministratori sul piano qualitativo della gestione e dell'organizzazione in funzione preventiva di tutela di interessi molteplici anche a rilevanza pubblicistica» (E. Ricciardello, *Sustainability and Going concern*, in ristrutturazioniazendali.ilcaso.it, 2021, p. 23). Forse sarebbe più aderente parlare a tal proposito – anche in linea con le tesi qui sostenute – di «amministrativizzazione» della società per azioni (o quantomeno della società di grandi dimensioni e dei relativi amministratori).

⁶² Con riguardo all'interesse legittimo di diritto privato, si rinvia a agli scritti che, pur non troppi, ne hanno approfondito i vari profili: v., per tutti, L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, *passim* ed ivi riff. a dottrina e giurisprudenza; più recentemente, a titolo esemplificativo, D. Capotorto, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunist*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 1, p. 47, C. Mazzù, *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in *comparazionedirittocivile.it*, aprile 2013.

⁶³ L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo*, cit., p. 90.

⁶⁴ Ivi, p. 324.

del presente lavoro – una posizione di «interesse legittimo di diritto privato (*recte*, societario)» rispetto alla produzione degli utili e alla decisione di distribuire il dividendo.

In altre parole, sembra che l'interesse lucrativo dei soci, posta la sua esaminata inconfigurabilità come diritto soggettivo⁶⁵, lungi dall'essere irrilevante, potrebbe qualificarsi, nell'ambito delle diverse posizioni giuridiche soggettive rilevanti per il nostro ordinamento, come «interesse legittimo di diritto societario». La conseguenza concreta del ragionamento parrebbe, vista la ormai pacifica risarcibilità dell'interesse legittimo⁶⁶, quella della «(ri) scoperta» di un'ulteriore e (forse residuale) area di possibile protezione (risarcitoria) del socio e del suo interesse lucrativo, tra, appunto, la tendenziale irrisarcibilità del danno riflesso e la risarcibilità del solo danno diretto ad un diritto soggettivo. Posizione, questa, quindi, presumibilmente tutelabile, nei confronti degli amministratori, attraverso l'art. 2395 c.c. e, nei confronti dei soci, attraverso l'art. 2043 c.c.⁶⁷, norme che, infatti, nella loro residualità, ma di chiusura del sistema, non menzionano né qualificano la situazione giuridica soggettiva lesa⁶⁸ e protetta e che, pertanto, non dovrebbe ritenersi limitata al solo diritto soggettivo⁶⁹.

⁶⁵ Fuori dai casi – sporadici, spesso di scuola – visti sopra.

⁶⁶ E ciò a partire, come noto, dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 22 luglio 1999, n. 500, pubblicata e annotata sulle più note riviste giuridiche di settore alle quali si rinvia per una trattazione esaustiva del tema, tra cui, *Foro it.*, 1999, I, p. 3201; *Giur. it.*, 2000, p. 1380; *Contratti*, 1999, p. 869; *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261; *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 1067. In ottica di tutela piena della posizione dell'individuo pare interessante menzionare la recente sentenza di Cassazione per cui: «il risarcimento del danno prodotto dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica prescinde dalla qualificazione formale della posizione di cui è titolare il soggetto danneggiato in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, dato che la tutela risarcitoria è fatta dipendere ed è garantita in funzione dell'ingiustizia del danno conseguente alla lesione di interessi giuridicamente riconosciuti» (Cass., 27 luglio 2021, n. 21535).

⁶⁷ Disposizione, non a caso, utilizzata dalla menzionata giurisprudenza come primo riferimento proprio per la risarcibilità dell'interesse legittimo.

⁶⁸ Lo stesso art. 2395 c.c. fa riferimento, infatti, al «diritto al risarcimento del danno» senza specificare quale sia la posizione giuridica soggettiva lesa e, quindi, tutelata: sicché il «diritto» cui fa riferimento la norma è solo quello al risarcimento e non è la posizione giuridica soggettiva cui tale risarcimento si riferisce; in altre parole, non parla di «diritto al risarcimento del danno arrecato a *diritti*», ma fa riferimento solo al titolare della posizione giuridica soggettiva pregiudicata (senza precisarla).

⁶⁹ *Contra*, v. Marco Maugeri, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 1009 il quale sostiene, invece, che l'art. 2395 c.c. presupporrebbe la lesione di un «diritto soggettivo».

3.3. Prime conclusioni e ulteriori aspetti problematici: i) BJR e interesse legittimo di diritto societario dei soci, ii) rapporti col danno riflesso e quantificazione, iii) natura della responsabilità

Ciò considerato, sembra, dunque, possibile, ancora oggi, nonostante l'incidente avanzare degli interessi «altri», sostenere l'esistenza di una tutela del socio al proprio «interesse lucrativo». In particolare, visto, non solo nei casi (*a monte*) di eliminazione di tale prerogativa sociale o (*a valle*) di lesione specifica di un diritto agli utili già acquisito o, ancora, nei casi in cui è ammissibile il risarcimento del danno riflesso, ma altresì, più in generale, allorquando tale interesse sia stato sacrificato in conseguenza di scelte discrezionali. Ciò, più precisamente, mediante lo scrutinio delle modalità con cui tale sacrificio è avvenuto, evocando la protezione (attraverso, anzitutto, gli strumenti risarcitori dell'art. 2395 c.c. e dell'art. 2043 c.c.) di quello che si è qui definito come «interesse legittimo di diritto societario» e che potrebbe ulteriormente declinarsi, nella prospettiva dei soci, come «interesse legittimo di diritto societario del socio» o «interesse legittimo (societario-) lucrativo (del socio)».

La tesi proposta potrebbe suscitare taluni interrogativi intorno a: i) le interferenze tra questo sindacato e la *business judgment rule*; ii) le interferenze e i rapporti tra il danno arrecato a tale (nuova) posizione giuridica soggettiva ed il danno riflesso, con rilevanti ripercussioni in ordine alla quantificazione ed al rischio di duplicazione di risarcimenti; iii) la natura delle responsabilità connesse.

Si tratta di questioni complesse che trascendono l'economia e gli obiettivi del presente lavoro ma che, cionondimeno, potrebbero rappresentare spunti per un (necessario) futuro approfondimento idoneo ad aprire possibili nuove frontiere nello studio del danno nel diritto societario. Valgano pertanto, in questa sede, alcuni cenni.

Quanto al primo profilo, sembra possibile, *prima facie*, estendere i principi della *BJR* alle valutazioni in questione – stante la relativa elevata discrezionalità - con la conseguenza che i soci, onde vedersi risarcito l'interesse legittimo lucrativo, dovrebbero superare (anche) tale *safe harbour*.

Quanto al secondo profilo sembra che la via dell'interesse legittimo possa aprire la strada, nel caso di condotte gestorie che abbiano sacrificato illegittimamente l'utile o la possibilità di realizzarlo (nei termini illustrati), al risarcimento del relativo danno sia in favore della società che del socio poiché la condotta gestoria oggetto di censura potrebbe ledere, seguendo questa tesi, due diverse situazioni giuridiche soggettive: i) il *diritto soggettivo della società* all'integrità del patrimonio sociale, ii) l'*interesse legittimo lucrativo del socio*, situazione, quest'ultima, che, quindi, potrebbe non essere più assorbita dal danno riflesso. Argomentazioni, queste, che potrebbero altresì escludere il

possibile rischio di duplicazioni posto che si tratterebbe di ristorare la lesione a due situazioni giuridiche soggettive. Ed il problema, semmai (ove ancora vi fosse), sarebbe soltanto di tipo matematico. A tal proposito, se si intendesse, ciononostante, evitare un rischio di duplicazioni (anche solo) matematiche, sostenendo che la quantificazione del danno all'interesse legittimo lucrativo dovrebbe in ogni caso essere diversa da quella del danno riflesso, si potrebbe affermare che, vista la differenza (ontologico-giuridica) delle situazioni giuridiche soggettive illustrate, la quantificazione potrebbe: i) comunque coincidere (ovviamente pro-quota), allorché la società abbia rinunciato al proprio diritto; ii) essere pari alla differenza tra il dovuto e il transatto (sempre pro-quota) nei casi di transazione tra la società e l'organo gestorio (e/o di controllo). Invece, fuori dai casi di rinuncia e transazione e fuori dai casi di compromissione totale della prerogativa (sia *a monte* che *a valle*, nelle ipotesi sopra descritte, ove, infatti, parrebbe vertersi in tema di diritti soggettivi), la quantificazione della lesione all'*interesse legittimo lucrativo (del socio)* potrebbe abbandonare il criterio differenziale e passare a quello c.d. dell'utilità, ovverosia del costo del consenso del soggetto la cui prerogativa è stata compressa, come avviene, *mutatis mutandis*, nei casi di utilizzazione non autorizzata del ritratto⁷⁰ o al risarcimento del danno da contraffazione⁷¹: in altre parole, poiché il sacrificio dell'*interesse lucrativo del singolo socio* ed il perseguimento di interessi «altri», avrebbero richiesto, in una situazione fisiologica, una compromissione legittima nei termini visti o quantomeno l'«acquisto» del consenso del socio, in caso di decisione arbitraria ed illegittima idonea a comprimere tale interesse, la posizione del socio potrebbe essere ristorata ponendo quest'ultimo nella stessa posizione che avrebbe avuto in caso di situazione fisiologica e, quindi, corrispondendogli il prezzo del consenso.

Quanto, infine, alla natura della responsabilità, parrebbe doversi concludere per quella di tipo aquiliano se non altro perché le stesse Sezioni Unite⁷², che hanno ritenuto risarcibile l'interesse legittimo nel diritto amministrativo, lo hanno stabilito sulla base di tale precetto normativo e, in ogni caso, non sembrano sussistere (anzi, come visto, il sistema sembra deporre nel senso opposto) obblighi di protezione verso i soci.

In conclusione, quindi, quella dell'*interesse legittimo di diritto societario* (e, segnatamente, dell'*interesse legittimo lucrativo del socio*), parrebbe una

⁷⁰ Su cui v. Cass., 16 maggio 2008, n. 12433, in *Resp. civ.*, 2008, 759; A. Musio, *Profili civilistici del danno all'immagine delle persone giuridiche*, in *Il danno all'immagine delle persone giuridiche. Profili civilistici, penalistici ed erariali*, a cura di F. Aversano, A. Laino, A. Musio, Torino, 2012, pp. 1 ss.

⁷¹ V. l'art. 125 c.p.i. Sul tema v., per tutti, M. Ricolfi, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, Torino, 2015, pp. 1497 ss.

⁷² La citata Cass., SS. UU., del 22 luglio 1999, n. 500.

situazione giuridica soggettiva che, se adeguatamente esplorata, potrebbe rivestire un ruolo centrale nella tutela del socio, specie in un contesto, come quello attuale, che pare proporre, quale punto di riferimento dell'attività sociale, un interesse (sociale) composito di sempre maggiori (e, come detto, quasi pubblicistiche) istanze di tutela, poste nelle mani di soggetti, in particolare l'organo amministrativo e, ove di competenza, il socio di maggioranza (quest'ultimo, in particolare, nei casi normalmente di decisione sulla destinazione degli utili), che parrebbero progressivamente abbandonare il loro ruolo (rigidamente) privatistico per divenire, nella sostanza, garanti di una economia sostenibile⁷³.

4. La responsabilità verso terzi

Con riguardo ai terzi, non sono invero nuove le responsabilità delle società per violazione di norme riguardanti – in senso lato – la sostenibilità, come insegna l'esperienza comparatistica, anche se il tema non sembra così approfondito in dottrina. Prima, quindi, di delineare, sulla base degli istituti sopra esaminati, qualche considerazione sistematica rispetto alla responsabilità della società, degli amministratori e dei soci (di maggioranza) verso i terzi per violazioni in tema di sostenibilità, parrebbe opportuno dare succintamente atto dello stato dell'arte.

4.1. Qualche precedente: i) la dottrina del *duty of care*

Un dovere di diligenza delle imprese rispetto alla sostenibilità è già stato sostenuto. È, infatti, nota, nella giurisprudenza che si è occupata delle condotte abusive commesse da un imprenditore in paesi sottosviluppati, la teoria del *Duty of care*⁷⁴, in ragione della quale «ogni società, che opera su un territorio anche diverso dal luogo in cui si trova la propria sede legale, ha un dovere di agire secondo correttezza e buona fede, limitando le proprie esternalità negative e adottando gli stessi standard minimi di tutela nei confronti degli *stakeholders* che imporrebbe la legislazione di provenienza»⁷⁵. Teoria, il cui fondamento parrebbe rinvenirsi nelle parole del giudice Lord

⁷³ Specie allorquando sarà recepita la Direttiva CSDDD.

⁷⁴ Sul tema v., per tutti: M. Goldhaber, *Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard*, in *U.C. Irvine L. Rev.*, 2013, p. 133.

⁷⁵ M.V. Zammitti, *L'impresa socialmente irresponsabile: un primo itinerario di giurisprudenza, anche in prospettiva comparata*, in *Soc.*, 2021, pp. 1018 ss.

Atkins nel caso *Donoghue v. Stevenson*⁷⁶, secondo il quale, nel diritto inglese, le seguenti condizioni darebbero origine ad un dovere generale di cura verso coloro che subiscono direttamente le conseguenze delle azioni altrui⁷⁷: i) prevedibilità del danno (requisito della *foreseeability*); ii) sussistenza di prossimità tra le parti (requisito della *proximity*), iii) ragionevolezza della responsabilità, ovvero sia che risulti «fair, just and reasonable» per il giudice determinare la responsabilità nei confronti della parte convenuta (requisito della *reasonableness*)⁷⁸.

L'esistenza di doveri di correttezza nell'ambito di rapporti non preventivamente definiti dalla legge in termini fiduciari, secondo questa dottrina, dovrebbe accertarsi esaminando i fatti e le circostanze specifiche del caso concreto, non essendo sufficiente la sola vulnerabilità del soggetto leso dalla condotta altrui. Come deciso nel caso *Rana Plaza*⁷⁹, i doveri fiduciari si sviluppano solo quando nel rapporto tra due soggetti sorgono «confidentiality, trust and loyalty», non essendo sufficiente, per questa tesi⁸⁰, l'esistenza di eventuali codici di condotta delle società.

Sul punto parrebbe di un certo interesse il caso *Chandler v. Cape*⁸¹ in cui la *Supreme Court* inglese, a proposito del requisito della *proximity*, aveva individuato la sussistenza di una *superior knowledge* della società capogruppo sulla natura e sulla tipologia dei rischi relativi allo svolgimento dell'attività d'impresa esercitata dalle sue controllate. In particolare, secondo la Corte, la capogruppo dovrebbe rispondere tutte le volte in cui ometta di monitorare lo svolgimento dell'attività del gruppo, attraverso l'emanazione di direttive e di istruzioni vincolanti concernenti le strategie di produzione.

⁷⁶ *Donoghue v. Stevenson*, 1932 CanLII 536 (FOREP), [1932] AC 562 at 580.

⁷⁷ V. in argomento anche il test elaborato nel caso *Caparo Industries v. Dickman*: UKHL, 8 February 1990, *Caparo Industries v. Dickman* [1990] 2 A.C. 605.

⁷⁸ Principi recentemente impiegati, nel caso *Das v. George Weston Limited* [2017] ONSC 4129 (c.d. caso *Rana Plaza*), dalla *Ontario Superior Court of Justice*, ove un gruppo di lavoratori, insieme ai propri familiari, hanno esercitato un'azione risarcitoria, a seguito del crollo dell'edificio in cui lavoravano, nei confronti di *Loblaws*, società che aveva commissionato la realizzazione di alcuni prodotti tessili a *Rana Plaza*, e di *Bureau Veritas*, società di servizi incaricata dell'*audit* presso le imprese in Bangladesh.

⁷⁹ V. nota precedente.

⁸⁰ V. l'opinione contraria della teoria più oltre illustrata.

⁸¹ *Chandler v. Cape PLC* [2012] EWCA (Civ) 525 in cui una società capogruppo è stata condannata per la violazione del dovere di correttezza e buona fede nei confronti di alcuni indigeni del Guatemala, sulla base del *Tort Law*.

4.2. ii) La *Enterprise Liability Theory*

Quella del *duty of care* non è l'unica teoria volta a responsabilizzare l'impresa. Specie nell'ambito dei gruppi di società, la giurisprudenza ha individuato, nell'esperienza comparatistica, la c.d. *Enterprise Liability Theory*, che si fonda sulla considerazione per cui nei casi di stretta integrazione tra le società di un gruppo, queste devono ritenersi parte di un'unica impresa con il conseguente riverberarsi, all'interno del medesimo gruppo, delle conseguenze derivanti da condotte abusive commesse da una delle società di esso. Il che determina – secondo questa teoria – nuovi oneri sulla capogruppo⁸², onde superare le difficoltà probatorie della teoria del *piercing the corporate veil*⁸³. La teoria, in sostanza, intende far ricadere le conseguenze negative di scelte rischiose delle controllate sulla capogruppo, quale soggetto che, specularmente, si avvantaggia anche di queste⁸⁴.

4.3. iii) Responsabilità da violazione del codice etico di condotta

Occorre ancora considerare l'orientamento che ricerca una responsabilizzazione delle imprese tramite il superamento della tesi della non vincolatività dei codici etici di condotta (avvallata anche della Corte di Giustizia⁸⁵) così da riconoscere una legittimazione attiva a coloro che intendono far valere una violazione delle relative disposizioni, specie allorché il codice abbia generato un loro affidamento⁸⁶. Ciò non solo (e non tanto) nei casi in

⁸² P.I. Blumberg, *The Corporate Entity in the Era of Multinational Corporation*, in *Del. L. J.*, 1990, p. 330. V. il caso *United States v. Northeastern Pharmaceutical and Chemical Co. (United States v. Northeastern Pharmaceutical and Chemical Co.*, 579 F. Supp. 823 (W.D. Mo. 1984) in cui la capogruppo fu considerata responsabile per la condotta abusiva di una controllata per il rilascio di rifiuti tossici nel territorio in cui operava.

⁸³ Ad esempio, nel caso *Doe v. Unocal [Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 937 (9th Cir. 2002)], i giudici californiani hanno rigettato una richiesta di risarcimento dei danni, in quanto gli attori, residenti in Myanmar, non avevano fornito la prova necessaria allo squarcio del velo della responsabilità limitata.

⁸⁴ A. Berle jr, *The Theory of Enterprise Entity*, in *Colum. L. Rev.*, 1947, 47, pp. 343 ss. Tuttavia, la teoria in questione non sembra aver riscosso particolare successo in giurisprudenza. Ne dà atto recentemente M.V. Zammiti, *L'impresa socialmente irresponsabile*, cit., p. 1024 che riporta gli sporadici casi di sua applicazione, specie nel Regno Unito, dove si riscontrano condanne di società capogruppo inglesi per le violazioni di diritti umani commesse all'estero

⁸⁵ Che li ha ritenuti manifestazione di una mera convergenza di intenti e non idonei a produrre di per sé effetti giuridici (v. Corte di Giustizia CE, 30 aprile 1996, n. 58, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, p. 1227).

⁸⁶ Sul tema v., per tutti, F. Benatti, *I codici etici come strumento dell'impresa fra responsabilità sociale e giuridica*, Milano, 2016; Id., *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e*

cui costituiscano parte di accordi contrattuali (il che parrebbe quasi scontato) ma anche quando si tratti di adozione unilaterale, in quanto considerati, specie da talune corti statunitensi, promesse unilaterali o *pre-contractual public statement*⁸⁷.

4.4. L'interesse legittimo di diritto societario dei terzi ed il possibile contributo della Direttiva CSDDD relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità

In tale scenario, non pare agevole comprendere i confini delle responsabilità della società, degli amministratori e (ove possibile) dei soci verso i terzi in relazione alle violazioni delle norme a tutela della sostenibilità.

In questo senso, quindi, un intervento normativo parrebbe in effetti opportuno e non sembra trascurabile il ruolo che la Direttiva CSDDD potrebbe giocare in merito (quantomeno nel contesto dei soggetti destinatari degli obblighi in essa contenuti).

Quanto alla responsabilità delle società, sembrano potersi profilare due riflessi. Da un lato, la Direttiva, una volta recepita, potrà contribuire sia alla ricostruzione del fatto illecito e, segnatamente, dell'elemento soggettivo e della condotta, quantomeno ai fini della responsabilità aquiliana sia alla perimetrazione della legittimazione attiva⁸⁸. Dall'altro, sempre su questo versante, non parrebbe peregrino ipotizzare la ricostruzione di una forma di responsabilità: (i) di tipo aquiliano, ma ai sensi degli artt. 2050 e/o 2051 c.c., poiché la Direttiva CSDD sembra imporre, più che un generico precetto di *neminem laedere* (art. 2043 c.c.), uno *specifico dovere di approntare presidi per non ledere*⁸⁹ o, persino (ii) di tipo contrattuale e, segnatamente, verso i terzi tutelati dai doveri considerati dalla norma, in un certo senso, quindi, «be-

vincoli gestori, in *Impresa, mercato e lavoro schiavistico: alla ricerca di regole efficaci*, Milano, 2018, pp. 115 ss.; N. Irti, *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa-codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, I, 2003, pp. 693 ss.

⁸⁷ *Noel v. Pizza Hut*, 805 P.2d 1244, 1251 (Kan. Ct. App. 1991).

⁸⁸ Come visto l'art. 29, comma 3, lett. d) precisa che «member States shall ensure that [...] reasonable conditions are provided for under which any alleged injured party may authorise a trade union, non-governmental human rights or environmental organisation or other non-governmental organisation, and, in accordance with national law, national human rights' institutions, based in a Member State to bring actions to enforce the rights of the alleged injured party, without prejudice to national rules of civil procedure» (v. anche *Considerando n. 84*).

⁸⁹ Sembra mettere in guardia sul punto il saggio di M. Onza, «*Gestione sostenibile dell'impresa, «adeguati assetti» e (una annotazione su) «interesse sociale»: appunti di riflessione*, reperibile su www.ristrutturazioniaidendi.ilcaso.it, p. 19.

neficiari» di obblighi specifici. E ciò sia che li si consideri direttamente interessati da obblighi di prestazione, se del caso facendo ricorso alla nota teoria della responsabilità da contatto sociale, sia, più in generale, che si ritenga applicabile l'altrettanto nota teoria dei cc.dd. «doveri di protezione», ovvero sia quella tendenza civilistica ad estendere la tutela contrattuale, in presenza di uno specifico interesse di protezione, a quelle situazioni ibride che originano da comportamenti lesivi della persona o del patrimonio da parte di un soggetto che non ha alcun obbligo di prestazione verso il danneggiato⁹⁰.

Quanto alla responsabilità degli amministratori la questione pare più complessa.

Le precedenti versioni della Direttiva CSDDD (quantomeno ai sensi dei precedenti artt. 15 e 25⁹¹) avrebbero potuto operare su due linee tra loro parallele e, se si vuole, diametralmente opposte: da una parte, individuando specifici doveri in capo ai medesimi, avrebbero chiarito il loro possibile coinvolgimento diretto in responsabilità (per vero anche in via contrattuale e non solo extracontrattuale, se del caso ex artt. 2395 c.c.), dall'altra, però, ne avrebbero anche potuto circoscrivere i presupposti.

La versione odierna, invece, se è vero che, espungendo qualsivoglia diretto riferimento agli amministratori, elimina taluni argomenti per sostenere un loro coinvolgimento diretto in responsabilità, specie a titolo contrattuale verso gli *stakeholders*, è altrettanto vero che, proprio questo silenzio, potrebbe consentire una riesplorazione dei principi e le norme generali tra cui l'art. 2395 c.c. (come peraltro accade, *mutatis mutandis*, nei casi di patologie dell'informazione al mercato, fattispecie in cui, secondo alcuni interpreti, tale norma dovrebbe trovare applicazione a tutela di terzi, ancorché non determinati⁹²).

⁹⁰ Non è naturalmente possibile in questa sede approfondire le teorie civilistiche illustrate così come ogni riferimento bibliografico sarebbe incompleto. Tuttavia, sul punto, con riguardo più precisamente all'art. 2395 c.c., v., tra molti, F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, IV, Torino, 1991, pp. 451 ss.; C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, pp. 123 ss.; L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1072 ss. Per rilievi critici v. V. Pinto, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 900. Il fondamento della responsabilità contrattuale è stato rinvenuto, per tali fattispecie, anche sulla base delle categorie del c.d. «contratto con effetti protettivi in favore dei terzi» e della c.d. «obbligazione senza prestazione» (v. A. Borgioli, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 710).

⁹¹ Anche se in maniera meno prorompente rispetto alle prime versioni della Direttiva, come da ultimo dimostra anche la menzionata soppressione dell'art. 26.

⁹² G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 363, P. Verrucoli, *La misrepresentation come tort ed i suoi equivalenti nel diritto continentale*, Milano, 1964, pp. 100 ss., A. Ferrarini, *La responsabilità da prospetto. Informazione societaria e tutela degli investitori*, Milano, 1986, pp. 68 ss.

Tuttavia, per quanto l'istituto del danno diretto abbia la capacità di scalzare l'immunità dell'organo⁹³, onde individuare un profilo di responsabilità diretta dell'amministratore sembra in ogni caso necessario ricostruire l'elemento idoneo a qualificare il comportamento posto in essere da quest'ultimo ai danni del terzo come condotta non solo materialmente, ma anche giuridicamente dello stesso, senza che tale comportamento si confonda o meglio si «immedesima» totalmente con l'agire della società (poiché altrimenti si tratterebbe di un atto solo di quest'ultima e, quindi, di cui solo essa sarebbe chiamata a rispondere verso il terzo).

Il tentativo ricostruttivo è certamente sfidante e di non agevole soluzione. Ferma, dunque, la necessità di una futura e più approfondita indagine, specie una volta che sarà recepita la Direttiva CSDDD e ne saranno studiati più analiticamente i relativi contorni, sembra tuttavia sin d'ora possibile tratteggiare i connotati essenziali di tale elemento, tenuto conto di queste prime riflessioni.

In particolare, pare potersi sostenere, alla luce di quanto sopra illustrato, che il comportamento proprio dell'amministratore idoneo a rappresentare il presupposto di una sua responsabilità diretta verso i terzi, nell'ambito della sostenibilità, sia rinvenibile in due specifiche ipotesi di condotte proprie dell'organo gestorio, ovvero:

(i) nell'attività di ponderazione dell'interesse sociale, ovvero sia nella sopra accennata attività di «composizione» dei diversi interessi e, in ogni caso,

(ii) nella predisposizione di assetti adeguati a identificare, prevenire, arrestare, attenuare, ridurre, mitigare o rimuovere i menzionati «impatti negativi» sulla sostenibilità⁹⁴.

Attività che, in effetti, parrebbero poter essere solo «personali» dell'amministratore e non della società (arg. ex artt. 2086, 2380-bis, 2403 c.c.).

Conseguentemente potrebbe sostenersi che, dinnanzi a questa attività discrezionale, i terzi si vengano a trovare nella situazione giuridica soggettiva:

a) di *diritto soggettivo*, ove la posizione del singolo terzo rappresenti un limite inderogabile, specificamente previsto dall'ordinamento, all'attività (della società e) dell'amministratore⁹⁵;

⁹³ Il quale, in assenza di una tale previsione, agendo quale rappresentante della società, non sarebbe sostanzialmente mai responsabile, in quanto tutti gli atti dallo stesso compiuti per conto della società sarebbero direttamente ed esclusivamente imputabili alla stessa, essendo essi solo materialmente dell'amministratore, ma, giuridicamente, della persona giuridica (F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, p. 289).

⁹⁴ Aspetto che sarà maggiormente evidente, a mio avviso, allorquando sarà recepita la Direttiva CSDDD, mentre altrove, parrebbe già sostenibile (cfr., ad esempio, in Francia, la *loi* 27 marzo 2017). V., sul punto, quanto sopra sintetizzato a proposito delle diverse declinazioni di tale dovere nella storia dell'approvazione della Direttiva CSDDD.

⁹⁵ Inclusi i casi in cui i terzi abbiano tenuto un determinato comportamento in conseguenza di legittimi affidamenti o dichiarazioni dell'ente: ed è in questa tipologia di danno

b) di *interesse legittimo di diritto societario*, che si potrebbe in questo caso declinare (a differenza di quello «lucrativo del socio» sopra descritto) come «interesse legittimo societario (alla sostenibilità) dei terzi»; poiché sembra evidente che, anche i terzi, vista l'apparente (nuova) funzione sopra descritta dell'organo amministrativo nell' «era» della sostenibilità – tenuto conto della *BJR* e della valorizzazione progressiva della *CSR* e dei fattori *ESG* –, si trovino (specie allorquando sarà recepita la Direttiva CSDDD) dinnanzi a veri e propri «compositori» di interessi (l'organo amministrativo, appunto) e in una posizione, quindi, potenzialmente idonea ad essere eventualmente estinta in maniera non soddisfacente da un potere discrezionale altrui (ovvero sia proprio, come visto, di sostanziale interesse legittimo).

Sicché, parrebbe potersi affermare sin d'ora – e, quindi, anche prima del recepimento della Direttiva CSDDD (la quale al più aggiungerà taluni tasselli alle argomentazioni qui illustrate, nei termini esposti) – che, alla luce del descritto contesto storico-culturale attuale sia ipotizzabile una responsabilità diretta⁹⁶ degli amministratori nei confronti dei sin-

che mi sembra rientrare la tesi seguita nel recente contributo citato in apertura del presente lavoro, sebbene venga fatto riferimento all'interesse legittimo (G. Riolfo, *Sostenibilità sociale/ambientale*, cit., p. 208). Invero, parrebbe che in quel lavoro – dedicato, va precisato, quale ulteriore differenza di prospettiva rispetto a queste pagine, alla posizione dei terzi con riguardo all'agire delle società *benefit* e relativi amministratori - il riferimento fosse alla tutela di un «legittimo interesse» (e non alla categoria di origine amministrativistica dell' «interesse legittimo» come qui proposto), poiché la tutela ivi ipotizzata sembra pur sempre indirizzata alla lesione di una situazione giuridica soggettiva assimilabile al diritto soggettivo: i) lesione dell'affidamento del terzo allorché, per ipotesi, questi, considerando l'oggetto sociale della società *benefit*, abbia tenuto un certo comportamento (ad esempio, un investimento); ii) violazione di eventuali doveri di protezione o responsabilità da contatto sociale qualificato ma sempre circoscritta alla realtà delle società *benefit*. Lo stesso A. tendeva, invece, ad escludere un'azione diretta dei terzi verso gli amministratori fuori dalla realtà delle società *benefit*, salvo peculiari ipotesi di danno diretto, quali, oltre alle scontate ipotesi di investimenti effettuati sulla base di false dichiarazioni dell'organo gestorio, quelle derivanti proprio dalla lesione di posizioni tutelate dalla Direttiva CSDDD. V., sul punto, quanto sopra sintetizzato a proposito delle diverse declinazioni di tale dovere nell'*iter* di approvazione di quest'ultima, dall'omessa gestione di un reclamo presentato da un soggetto interessato (ivi, p. 220, nt. 89).

⁹⁶ Si consideri che lo *Study on director's duties and sustainable corporate governance* (luglio 2020, reperibile su <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>) ha invece ipotizzato – forse analogamente a quanto previsto dalla *sec. 238 d*) del *Canada Business Corporation Act* del 1985 – una legittimazione degli *stakeholders* ad agire nei confronti degli amministratori, tuttavia per conto della società. Critico su tale legittimazione ma, in generale, sul prevedere una responsabilità diretta verso gli *stakeholders*, E. Barcellona, *La sustainable corporate governance*, cit., pp. 1 ss. V. anche la posizione di Marco Maugeri, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, cit., p. 1009 che esclude il rimedio dell'art. 2395 c.c. ritenendo che questa norma evocherebbe la lesione di un diritto soggettivo. Nel senso di ampliare la portata dell'art. 2395 c.c., rilevando l'esistenza di un problema di *enforcement*, senza, però, considerare l'i-

goli terzi nei casi di violazione delle «norme» in tema di sostenibilità⁹⁷, quantomeno nei limiti di una lesione del relativo «interesse legittimo societario».

Con peraltro l'ulteriore interrogativo se si possa ancora affermare – specie allorquando sarà recepita la Direttiva CSDDD – che i terzi continuino ad essere in una posizione – si scusi il gioco di parole – di terzietà rispetto all'obbligo di prestazione che incombe sugli amministratori quali titolari della funzione amministrativa nel contesto organizzativo dell'impresa azionaria, aspetto normalmente ritenuto fondamentale per qualificare come aquiliana la responsabilità di cui all'art. 2395 c.c.⁹⁸ (e se, quindi, tale eventuale responsabilità possa continuare a ritenersi di tipo extracontrattuale⁹⁹).

stituto dell'interesse legittimo di diritto privato-societario (che non pare essere allo stato considerato dalla dottrina), v. M. Stella Richter *jr*, *Long-termism*, cit., p. 48. Critico anche M. Libertini, *Intervento*, in *Lo statement della Business Roundtable sugli scopi della società. Un dialogo a più voci*, in *ODC*, 2019, p. 602.

⁹⁷ Sembrano, a mio sommo avviso, apodittiche le conclusioni del Rapporto Assonime, cit., per cui «[p]oiché gli amministratori, anche in un contesto in cui essi debbano considerare i profili soci/ambientali, agiscono comunque pur sempre nell'esclusivo interesse dei soci, è da ritenere che gli unici soggetti che possono risultare titolari di azioni dirette verso amministratori devono essere i soci stessi. Gli stakeholder potranno essere titolari di quelle azioni (civili, penali o amministrative) verso la società per i danni causati dalla violazione di regole specifiche riguardanti gli interessi tutelati (protezione dell'ambiente, del lavoro, ecc.)».

⁹⁸ V., così, V. Pinto, *La tutela risarcitoria dell'azionista tra danno diretto e danno riflesso*, Pisa, 2012, p. 31 e *ivi* *riff.*

⁹⁹ V., tuttavia, sopra le considerazioni relative all'espunzione dei riferimenti agli obblighi degli amministratori dall'ultima versione della Direttiva CSDDD. Si consideri, sul punto, altresì quanto sopra sintetizzato a proposito delle diverse declinazioni di tale dovere nella storia dell'approvazione della Direttiva CSDDD. Ci si potrebbe, poi (e in ogni caso), interrogare sulla effettività di tutela dei terzi specie in quei Paesi, meno avanzati, ove spesso i terzi più deboli risiedono. La questione, che non può essere qui esaminata con esaustività, è naturalmente centrale e l'atteggiamento di alcune Corti appare confortante. Taluni giudici nazionali, infatti, sulla base di un ragionamento che parrebbe diametralmente opposto alla teoria del *forum non conveniens*, talvolta hanno deciso di entrare nel merito di una controversia quando lo spostamento della causa dinanzi ad un altro tribunale avrebbe potuto creare grave nocumento per le parti richiedenti la tutela giudiziaria. Così, ad esempio: il caso *Vedanta Resources PLC and Konkola Copper Mines PLC v Lungowe and Others*, 2019, UKSC 20 avente ad oggetto un'azione risarcitoria proposta dinanzi alle corti inglesi da un gruppo di residenti di un villaggio dello Zambia contro la capogruppo (con sede nel Regno Unito) e la società controllata (con sede in Zambia), lamentando gravi pregiudizi derivanti dal rilascio di rifiuti tossici della miniera di rame di proprietà delle due società; la *Supreme Court* ha valutato, da un lato, la sostanziale impossibilità dei soggetti lesi, che si trovavano in gravissime condizioni di povertà, di proseguire la causa presso il foro zambiano (che sarebbe presumibilmente stata l'autorità giudiziaria competente in base agli elementi del caso di specie), dall'altro, la difficoltà dei medesimi di godere di un'efficace difesa in giudizio, date le asserite carenti risorse ed esperienze in campo legale dell'ambiente professionale zambiano. Così, anche il caso c.d. *Kik*, deciso dal Tribunale di Dortmund (Landgericht Dortmund, Urt. v. 10.01.2019 – 7 O 95/15), il caso *Vereniging*

Quanto, infine, ai soci, non pare peregrino domandarsi se possa esistere, in un tale scenario, anche una loro responsabilità diretta verso i terzi. Ciò non tanto (e non solo) nei casi in cui questi – magari travalicando le proprie competenze – abbiano preso parte ai fatti lesivi, ma se sia sindacabile, anche¹⁰⁰ in tal caso, la scelta della maggioranza di distribuire l'utile e se, quindi, i soci possano ritenersi responsabili, in determinati casi, di violazione di *interessi legittimi di terzi* ove decidano di distribuire l'utile piuttosto che investirlo nella sostenibilità¹⁰¹.

5. Conclusioni (provocatorie e giuridicamente – forse – paradossali)

Alla luce di quanto precede, nella consapevolezza che la ricerca è certamente aperta, parrebbero utili, con la dovuta cautela, alcune conclusive riflessioni.

Anzitutto, sembra potersi profilare un nuovo ruolo dell'amministratore o, meglio, dell'amministratore di società che opera lungo la catena del valore (*chain of activities*), quale garante dell'impresa sostenibile. In altri termini, parrebbe innegabile la sua nuova funzione «sociale» e, forse, per questa via, la massima espressione, allo stato, della personificazione della funzione sociale della proprietà nei nostri giorni. Una funzione, un ruolo, che sembra inevitabilmente travalicare i confini del mero gestore, per farsi portatore del rispetto dei principi della sostenibilità. In altre parole, un vero e proprio «compositore» di interessi che, invero, dovendo tenere in conto – addirittura potendo sacrificare, come si è sopra ipotizzato, anche, pur parzialmente, l'«interesse lucrativo dei soci» – «interessi altri», ovverosia (semplificando) quelli della c.d. sostenibilità, non rende implausibile la sostanziale attribuzione al medesimo, da parte dell'ordinamento, di funzioni (para)pubblicistiche.

Il che parrebbe trascinare con sé importanti conseguenze anche con riguardo alla sua posizione giuridica e, in particolare, in tre direzioni di seguito telegraficamente riassunte:

Milieudefensie v Royal Dutch Shell Plc and Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. – SPDC v Friday Alfred AKPAN – Case 200.126.849 and 200.127.813 – Dutch – 29 January 2021. (Sui predetti casi nonché altri, anche in Italia e per i relativi riferimenti dottrinali, v. M.V. Zammiti, *L'impresa socialmente irresponsabile*, cit., pp. 1018 ss.).

¹⁰⁰ Alla stregua di quanto visto al paragrafo 3, ma in maniera speculare, con riguardo alla compressione delle prerogative all'utile (*recte*, dell'interesse lucrativo) dei soci di minoranza.

¹⁰¹ Aspetto che, a sua volta, evoca numerose altre questioni non esplorabili, allo stato, in questa sede, quali, *in primis*, il tema della irresponsabilità dell'azionista e della responsabilità deliberativa. Il riferimento è d'obbligo anzitutto a F. Guerrero, *La responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, Torino, 2004, *passim*.

- a) possibile insindacabilità delle condotte gestorie volte al rispetto e perseguimento dei principi della sostenibilità nei limiti, in ogni caso, della *BJR*;
- b) individuazione, nel fenomeno societario, di due possibili ulteriori situazioni giuridiche soggettive, diverse dai diritti soggettivi, in capo ai soci ed agli *stakeholders*, ovverosia quelle dell'«interesse lucrativo dei soci» e dell'«interesse alla sostenibilità dei terzi», quali «interessi legittimi di diritto societario»;
- c) possibili conseguenti nuove forme di responsabilità risarcitoria per violazione di tali ultime situazioni giuridiche soggettive.

Il tutto, quindi, in un progressivo (e inarrestabile) processo, ad avviso di chi scrive, di destrutturazione dei tratti tipici del contratto societario¹⁰².

In effetti, l'*interesse lucrativo del socio* (in particolare, di società di capitali), ovverosia quello che potrebbe rappresentare lo storico archetipo, il motore ontologico, del contratto di società (ovvero ciò che in teoria dovrebbe muovere un soggetto a costituire una società lucrativa) appare sempre più sfocato, se non appannato, e, in ogni caso, sempre meno al centro dell'attenzione del legislatore e, invero, del dibattito e, quindi, degli interpreti e degli operatori stessi. Ciò non tanto perché già adombrato – in chiave storico-teleologica – dal noto tramonto dello scopo lucrativo, quanto perché la scena appare occupata dal progressivo imporsi, come visto, dei valori della sostenibilità (i diritti umani, l'economia sostenibile, il clima, l'ambiente, il *long termism*, il buon governo¹⁰³, ecc.). Aspetto questo che, anche da un punto sistematico, si innesta in un apparato normativo che già di per sé pone l'interesse lucrativo del socio in secondo piano rispetto, ad esempio, all'interesse sociale e dei creditori, posto che, come già visto: i) il c.d. «danno riflesso» è risarcibile solo in marginali occasioni, ii) non esiste un diritto «perfetto» agli utili poiché, da un lato, è richiesta, nelle società di capitali, una apposita delibera di distribuzione (in quelle di persone, l'approvazione del rendiconto), dall'altro, il risarcimento di una lesione di un diritto soggettivo ad esso afferente parrebbe ammissibile solo nei casi di rimozione sostanziale (e definitiva) (*a monte* o *a valle*) della prerogativa sociale patrimoniale *tout court* o del diritto già acquisito in seguito alla predetta delibera.

¹⁰² Da tempo iniziato, a partire dalla perdita del rilievo dell'attività economica, come dimostra l'ammissibilità di società di mero godimento, dalla perdita della dimensione collettiva, come dimostra il fenomeno delle società unipersonali (per approfondimenti mi permetto di rinviare a F. Sudiero, *La tutela risarcitoria del socio*, cit., pp. 200 ss.) sino alla nota attenuazione dello scopo di lucro, come è ampiamente argomentato ormai da anni a proposito del c.d. «tramonto dello scopo di lucro» (a far data quantomeno dal noto saggio di G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, pp. 151 ss.).

¹⁰³ Addirittura, per citare nuovamente la Direttiva CSDDD, ben oltre i confini societari e imprenditoriali, vista l'ampissima nozione di *business partner*, di *chain of activities*, di *stakeholders* di cui all'art. 3, lett. f), g) ed n) della Direttiva in questione.

Quadro, questo, che parrebbe arricchito dalle considerazioni qui sviluppate, ovverosia che:

i) soltanto la valorizzazione di un possibile *interesse legittimo* [qui definito «di diritto privato (*recte*, societario)»] in capo ai soci, potrebbe consentire una tutela (minima) risarcitoria dell'«interesse lucrativo» di questi;

ii) la società e gli amministratori dovrebbero destinare risorse alla sostenibilità, potendo, dunque

ii.i) legittimamente sottrarle alla possibile distribuzione ai soci (salvo quanto appena detto sull'interesse legittimo di questi) nonché,

ii.ii) essere ritenuti responsabili verso quegli stessi *stakeholders* interessati dai predetti valori della sostenibilità, potendo sostenersi l'esistenza, anche in capo a questi, di una posizione giuridica soggettiva tutelabile anche in via risarcitoria, come, di nuovo, quella dell'*interesse legittimo* [qui definito «di diritto privato (*recte*, societario)»].

Il paradosso, quindi, sembrerebbe duplice: da una parte, l'interesse lucrativo dei soci pare sempre più adombrato dalla crescente rilevanza di interessi «altri», dall'altra parte, proprio per ricavare un'area di tutela di tale interesse lucrativo, si devono ricercare soluzioni (come è la teoria dell'*interesse legittimo di diritto societario* qui sostenuta), che portano con sé l'evidente rischio, per garantire l'uguaglianza sostanziale di protezione delle situazioni giuridiche soggettive, di spalancare le porte alla tutela risarcitoria proprio ai predetti interessi «altri» e, quindi, ai terzi. Consentendo, peraltro, a questi «terzi», per tale via, di scrutinare non solo le condotte degli amministratori ma anche – e questa è, presumibilmente, l'affermazione più provocatoria e dirompente – dei soci, potendo forse giungere persino a sindacare la scelta di questi ultimi di distribuire gli utili anziché di investirli nei valori della sostenibilità.

Fabrizio Sudiero
Università degli Studi di Torino
Dipartimento di Giurisprudenza
Via Verdi, 8
10124 Torino
fabrizio.sudiero@unito.it
<https://orcid.org/0000-0001-6962-0986>