



L'ESIGENZA DI CERTEZZA GIURIDICA E LA RESPONSABILIZZAZIONE DELLA PERSONA: UN'OCCASIONE PER RIFLETTERE SUL CONFLITTO DI INTERESSI

ALESSANDRA CICCARELLI

SOMMARIO: 1. Brevi note introduttive – 1a. Il conflitto di interessi in ambito contrattuale. La nozione di interesse – 1b. La definizione di conflitto di interessi, la sua disciplina nell'ambito della rappresentanza e l'art. 1394 c.c. – 1c. L'incompatibilità come elemento caratterizzante il conflitto di interessi – 1d. L'attualità e la potenzialità del conflitto. Il panorama dottrinale e la distinzione tra le tesi che individuano il conflitto di interessi nella situazione ovvero nell'azione – 1e. L'applicabilità dell'art. 1394 c.c. al di fuori della rappresentanza volontaria – 2. Il conflitto di interessi e la famiglia. Riflessioni introduttive – 2a. Il conflitto tra i genitori ed il figlio minore: la contrapposizione degli interessi e l'apprezzabilità oggettiva – 2b. La diatriba sorta in merito alla rilevanza o meno della potenzialità del conflitto: la tesi della Cassazione ed il problema della donazione – 2c. Le riflessioni della dottrina ed i principi riformatori della L. 151/1975 – 2d. Un'ulteriore conferma dell'evoluzione del conflitto di interessi: il superamento del conflitto mediato e indiretto – 2e. Conflitto tra più minori soggetti alla stessa potestà o alla stessa tutela – 3. Il conflitto di interessi e la società. Riflessioni introduttive – 3a. La disciplina del conflitto di interessi nella S.p.A. anteriormente alla riforma. La posizione del socio – 3b. La precedente impostazione del conflitto di interessi degli amministratori – 3c. La disciplina del conflitto di interessi nella S.p.A. alla luce della riforma: le linee guida e l'esperienza nord-americana – 3d. La nuova disciplina del conflitto di interessi del socio – 3e. Dal conflitto di interessi dell'amministratore agli interessi degli amministratori – 3f. I gruppi di società e la "teoria dei vantaggi compensativi" – 3g. La disposizione di cui all'art. 2391 c.c. e la disciplina dei gruppi di società – 4. Considerazioni conclusive.

1. Con l'espressione interesse si accenna all'"essere...tra" due entità, e dunque al rapporto tra un soggetto ed un'entità ovvero ad una relazione tra due soggetti. Quando ci si riferisce, in modo specifico, al rapporto tra due individui i cui interessi possono venire a divergere, ci si imbatte necessariamente nella tematica del conflitto di interessi che coinvolge diversi settori del diritto privato.

Volendo limitare l'oggetto della presente indagine alle ipotesi di conflitto di interessi in ambito codicistico non si può fare a meno di notare come il legislatore lo abbia disciplinato in una serie di disposizioni (artt. 320, 347, 360, 394, 1394, 1395, 2373, 2391 c.c.) riferite alla rappresentanza, alla famiglia ed alla disciplina societaria e sia intervenuto negli anni – dapprima con la legge n. 151 del 1975 ed in tempi più recenti con la legge di riforma delle società di capitali – apportando, come si vedrà, considerevoli modifiche alla sua configurazione giuridica.



Si tenterà di capire – ed è questa l'ipotesi di lavoro – se un istituto a prima vista complesso ed eterogeneo come quello del conflitto di interessi possa essere ricondotto ad unità individuando presupposti e requisiti comunemente ricorrenti in ogni fattispecie.

1a. Interesse è un vocabolo dal significato incerto, certamente non definibile in senso assoluto con una portata generale che abbia una qualche precisione di contenuto¹. Molteplici sono state infatti le definizioni del concetto di interesse succedutesi nel corso degli anni.

La centralità assunta dal concetto di interesse rappresenta il punto di arrivo di un percorso giuridico che lo ha visto protagonista accanto alla nozione di diritto soggettivo². Il diritto soggettivo³, infatti, è al centro del sistema⁴ sin dal periodo storico in cui si cominciò a riconoscere al cittadino quei primi diritti fino ad allora completamente appartenenti allo Stato⁵. Era l'epoca della rivoluzione francese in cui gli ideali di libertà ed uguaglianza facevano da padroni all'interno della società civile ed in cui imperava l'idea che la volontà dell'individuo dovesse essere considerata il fulcro di ogni rapporto sociale⁶.

¹ Così si esprime P. FERRO LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori - profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 662.

² Sul concetto di diritto soggettivo cfr. M. FERRANTE, *Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni*, Milano, 1947; R. GASPARRI, *Relatività dei concetti di diritto oggettivo e di diritto soggettivo*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, Milano, 1957, p. 269 ss.; V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1962; ID., *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 115 ss.; W. CESARINI SFORZA, *Avventure del diritto soggettivo (L'esperienza pratica e le sue forme fondamentali)*, Milano, 1942; ID., *Il diritto soggettivo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, p. 181 ss.; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944; A. LEVI, *Sul concetto di potere giuridico*, in *Studi parmensi*, 1953, p. 397 ss.; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1947; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1949, p. 238 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus*, 1952, p. 1 ss.; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, p. 550 ss.

³ Una teoria estremista nega l'esistenza del diritto soggettivo come riflesso di un potere di volontà attribuito dal diritto per la tutela di un interesse. In tal senso H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di Treves e Cotta, Milano, 1952, il quale considera il diritto non da un punto istituzionale cioè come fenomeno della vita associativa, bensì come un insieme di comandi. L'individuo è oggetto di un rapporto con l'ordinamento giuridico. La nozione di rapporto giuridico, infatti, è concepita come relazione tra soggetto e ordinamento.

⁴ La dottrina che ha proposto una gerarchia tra le situazioni giuridiche soggettive si è poi divisa in merito alla situazione che occupa il ruolo preminente. Per alcuni, infatti, si tratta del «dovere»: v., per tutti, N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973. Per altri è certamente il diritto soggettivo a prevalere. Così M. COMPORATI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 435.

⁵ Si ritiene, tuttavia che la nozione di diritto soggettivo trovi un primigenio fondamento nelle fonti romane. In tal senso cfr., G. PUGLIESE, *Res corporales e res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1951, p. 237 ss.; ID., *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939.

⁶ Il diritto soggettivo personificava il potere accordato al soggetto da parte dell'ordinamento, era



Nel panorama dottrinale di quel tempo si fronteggiavano, dunque, seppur con alcune differenze, le opinioni di insigni giuristi che concepivano il diritto soggettivo come potere giuridico. Esso era inteso come ripercussione favorevole nel beneficiario di un dovere⁷. Si affermava, ancora, che il diritto soggettivo, quale potere accordato al soggetto, personificava un'autonoma situazione giuridica individuale in quanto l'effettiva attuazione veniva posta a disposizione del titolare⁸.

Alla tesi del diritto soggettivo come potere della volontà si excepì ben presto l'impossibilità di spiegare l'attribuzione di diritti soggettivi ai soggetti incapaci d'intendere e di volere⁹ ed a coloro che, in generale, non sono capaci di esprimere una volontà giuridicamente valida¹⁰. Si cominciò allora ad intendere il diritto soggettivo come interesse tutelato¹¹, cioè come interesse umano garantito dalla legge che si preoccupa, dal canto suo, di apprestare i mezzi per la sua attuazione, anche coattiva¹². Secondo una corrente interpretativa immanente a tale orientamento, fondamentale era l'utilità che la cosa o il bene rappresentava per l'individuo¹³: tale sarebbe la

inteso come volontà generale, come manifestazione della potestà personale di volere. È, questa, la concezione che fa capo a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, Torino, 1925 e ripresa, nella nostra dottrina, da F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1931, spec. p. 47; L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 166 ss.; A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 345 ss.

⁷ In tal senso, allora, il diritto soggettivo era un potere giuridico che si dirigeva verso altri uomini (Questa tesi viene vivacemente contrastata da chi vi rintraccia il solo aspetto patologico del diritto. Il diritto soggettivo va, invece, colto nel suo aspetto fisiologico: non è protezione del potere nei confronti di un altro soggetto, ma liceità di agire per la soddisfazione di un interesse. Ne deriva la esclusione dei diritti di credito dalla categoria dei diritti soggettivi. I diritti di credito, infatti, si porrebbero quale «aspettativa tutelata della consecuzione dell'oggetto dalla prestazione del debitore». Per un'ampia illustrazione della teoria surriferita cfr. D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, a cura di Liserre e Floridia, Torino, 1988. Si fa notare come tale concezione urti contro lo stesso diritto positivo che configura i crediti quali diritti soggettivi con preciso contenuto. In tal senso C. BOZZI, *Interesse e diritto*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, p. 848) per ottenere l'adempimento di doveri derivanti dalle norme. In tal senso F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, ed. 1931.

⁸ In questo senso, oltretutto, non poteva ritenersi condizionato dalla volontà del soggetto giacché il potere esisteva prima e dopo la violazione anche se sembrava acquistare rilevanza solo nel momento della coazione Così R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Napoli, 1936.

⁹ Secondo G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 114, la ragione per cui il diritto soggettivo non possa essere identificato in una potestà del volere è giustificato proprio dal fatto che esso è attribuito anche ai soggetti sforniti di una volontà cosciente (minori, infermi di mente) o addirittura di volontà (persone giuridiche).

¹⁰ In tal senso R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in ID., *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, p. 120 ss.

¹¹ Testualmente F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 69, che interpreta il diritto soggettivo come potere riconosciuto al singolo per la realizzazione di un suo interesse.

¹² Il principale sostenitore di tale concezione è R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. franc., Paris, 1888.

¹³ In particolare, tra i sostenitori della teoria soggettivistica dell'interesse cfr., B. DONATI,



soggettivazione del bene che si traduce in interesse¹⁴. La definizione maggiormente diffusa, infatti, definiva l'interesse come rapporto di tensione tra un soggetto ed un bene, destinato a risolversi con la soddisfazione del soggetto interessato¹⁵. Sennonché la progressiva rivalutazione della nozione di interesse condusse ben presto ad identificarlo non con il bene in sé, bensì con il valore relativo che un bene ha per un certo soggetto: ne conseguì che in ordine allo stesso bene risultava possibile una gradazione di interessi di più soggetti¹⁶.

Più recentemente la dottrina chiarisce¹⁷ come nella vita di relazione si fronteggino continuamente interesse divergenti e contrastanti che non possono avere attuazione pari o congiunta ma solo differenziata a seconda del rango di subordinazione, stabilito dall'ordine giuridico. Va da sé, dunque, che il procedimento di nomogenesi si trova a dover prendere posizione rispetto alle categorie di interessi socialmente rilevanti ed in concorso tra loro¹⁸.

In realtà, si afferma autorevolmente come la categoria del diritto soggettivo si sia avviata da tempo verso una crisi profonda. Se, infatti, il diritto soggettivo nacque per soddisfare un interesse individuale ed egoistico, la complessità delle situazioni giuridiche «esprime la configurazione solidaristica del nostro ordinamento costituzionale»¹⁹. Ogni situazione giuridica soggettiva, infatti, annovera al suo interno poteri, doveri, obblighi e facoltà con la conseguenza che la distinzione tra situazione attiva e situazione passiva non possa essere più intesa in senso assoluto. In questa

Interesse ed attività giuridica: contributo alla teoria filosofica del diritto come fenomeno, Bologna, 1909, p. 111; W. CESARINI SFORZA, *Filosofia del diritto*, Milano, 1958, p. 181.

¹⁴ Tra le due opposte teorie si fa strada, anche in Italia, una tesi intermedia che trae le mosse dalla presunta unilateralità delle prime due. Secondo i fautori di quest'ultima concezione, infatti, il concetto di diritto soggettivo deve ritenersi integrato da due elementi: la signoria della volontà e l'interesse garantito. Con ciò a voler intendere che la volontà astratta viene riconosciuta e tutelata in quanto mezzo indispensabile al raggiungimento di un fine. In tal senso G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. it. a cura di Vitagliano, Milano, 1912,

¹⁵ Per tutti F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, ed. 1951, p. 11 ss.; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953, p. 264.

¹⁶ Nel tentativo di chiarire il significato della nozione di interesse non sono poi mancate definizioni tese ad esasperarne il profilo psicologico, identificandolo spesso con i concetti di bisogno o desiderio B. DONATI, *op. cit.*, p. 97 ss. Tale concezione fu sottoposta a dura critica giacché impediva di cogliere l'aspetto normativo della vicenda: l'interesse, infatti, va inteso esclusivamente come esigenza di beni o valori da realizzare e proteggere nel mondo sociale.

¹⁷ E. BETTI, *Interesse*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 838 ss.

¹⁸ È infatti compito del diritto come norma di convivenza stabilire un nesso di coordinazione e di subordinazione tra gli interessi in conflitto. La valutazione normativa che importa la prevalenza di un tipo di interessi sull'altro in conflitto o concorso tra loro è una valutazione comparativa circa il merito della tutela giuridica secondo le vedute politiche legislative dell'ordinamento in cui si compie. Spetta poi al giudice, nell'applicazione della norma ispirata alla valutazione comparativa degli interessi concorrenti, «ottemperare, rispecchiandola nella massima della decisione».

¹⁹ P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 98.



prospettiva l'interesse²⁰ rappresenta il fondamento della situazione soggettiva complessa ed opera alla stregua di un criterio di ricostruzione della valutazione normativa²¹. Nell'attuazione del rapporto obbligatorio l'interesse meritevole diventa il criterio normativo di conformazione della condotta dovuta o autorizzata²², lo schema che giustifica l'attribuzione di significato all'azione umana nel sistema giuridico: senza interesse non si potrebbe esprimere il concetto di situazione giuridica. Esso, in definitiva, non è fonte, bensì criterio di determinazione della regola vincolante nel caso concreto²³.

1b. La norma cardine che disciplina il conflitto di interessi in ambito contrattuale è quella contenuta nell'art. 1394 c.c., dettata nell'ambito della rappresentanza²⁴ e si riferisce all'ipotesi in cui il rappresentante agisce in modo incompatibile rispetto agli interessi del rappresentato, perseguendo interessi propri o, addirittura, altrui. La *ratio* che anima l'istituto è infatti quella di garantire una tutela a tutti quei soggetti che non possono o non vogliono provvedere personalmente alla cura dei propri interessi economici. A differenza della rappresentanza legale in cui i soggetti interessati si trovano nell'impossibilità di tutelare i propri affari perché minori, o perché incapaci di agire a causa di una pronuncia di interdizione o inabilitazione, nella rappresentanza volontaria²⁵ il titolare della situazione giuridica,

²⁰ Esso viene considerato «la ragione d'agire». A tal proposito, P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 347 ss.

²¹ Ovvero come «misura del valore». G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, p. 44.

²² È naturale, poi, che questo giudizio di meritevolezza o quello di liceità dipendano da valutazioni relative, riferite di volta in volta a quei valori che l'ordinamento giuridico ritiene di doversi fare promotore in un dato momento storico. Le singole situazioni soggettive, infatti, rispecchiano una valutazione discrezionale compiuta dall'ordinamento nei confronti dei vari interessi che, a tal fine, ricevono differente tutela a seconda dell'intensità di protezione loro riconosciuta.

²³ G. ROMANO, *op. cit.*, p. 44.

²⁴ In tema di rappresentanza cfr., *ex multis*, R. SACCO - G. DE NOVA, *La rappresentanza*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2002; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 554 ss.; G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993; U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977; ID., *Rappresentanza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987; L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980; S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965; W. D'AVANZO, *Rappresentanza*, in *Noviss. dig. It.*, Torino, 1967; P. PAPANTI PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1983; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1968; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1987; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 268.

²⁵ Che autorevole dottrina individua come rappresentanza vera e propria in quanto derivante dalla volontà dell'interessato. Sul punto Cfr., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 281. Conforme a questa ricostruzione anche V. NEPPI, *La rappresentanza - Saggio di una ricostruzione critica*, Milano, 1961, p. 83.



perfettamente in grado di manifestare la sua volontà, sceglie di delegare ad altri il compimento di un'attività in nome e per suo conto.

Si parla di abuso del potere rappresentativo quando il rappresentante si dimostra inadempiente rispetto all'obbligo di esercitare la rappresentanza nell'interesse del rappresentato²⁶. Non costituisce abuso di rappresentanza l'uso male accorto che il rappresentante faccia del suo potere, compiendo negozi di scarsa o nulla utilità, o anche economicamente pregiudizievoli, a condizione che con ciò non intenda avvantaggiare se stesso o un terzo. Sebbene spesso i termini conflitto di interessi e abuso di rappresentanza siano usati come sinonimi, parte della dottrina, tuttavia, individua l'abuso nelle situazioni in cui il rappresentato riceva effettivamente un pregiudizio²⁷. L'abuso di rappresentanza è fattispecie diversa rispetto a quella del difetto di rappresentanza: nella prima ci sono i presupposti dell'attività del rappresentante, il quale la esercita formalmente nei limiti prescritti, anche se con funzione diversa da quella assegnata; nella seconda mancano totalmente o parzialmente i presupposti, sì che l'attività del rappresentante non rientra, neppure formalmente, nell'ambito della sostituzione disposta dal titolare, anche se si presenta all'esterno come tale²⁸. Nella prima vi è quindi una deviazione funzionale, nella seconda una deficienza iniziale e strutturale²⁹.

²⁶ Il conflitto di interessi può riguardare interessi di natura economica o di natura morale. L'art. 1394 c.c. non si limita a disciplinare soltanto ipotesi di conflitto immediato e diretto, costituito dal soddisfacimento di un interesse personale del rappresentante, bensì anche quelle relative ad una situazione di conflitto mediato e indiretto, consistente nel soddisfacimento dell'interesse di un terzo, al quale il rappresentante sia legato da vincoli affettivi o di affari. A tal proposito, cfr., per tutte, Cass., 12.06.1985 n. 3836, in *Giur. it.*, 1986, p. 886.

²⁷ C. DONISI, *Il contratto con sé stesso*, Napoli, 1982, p. 138, secondo il quale mentre il conflitto di interessi designa una "situazione", l'abuso di rappresentanza designa una "vicenda".

²⁸ Sulla tematica in questione cfr., L. FRANCARIO, *La rappresentanza senza poteri*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2000. Il contratto concluso dal falso rappresentante, a differenza di quello compiuto dal rappresentante in conflitto di interessi è perfetto ma non efficace; per produrre effetti è necessaria la ratifica del rappresentato. La dottrina senza dubbio dominante ricollega al vizio dell'atto compiuto dal falsus procurator la sanzione dell'inefficacia (In tal senso cfr., tra gli altri, C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p. 107 ss.; U. NATOLI, *Rappresentanza*, cit., p. 484; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 80; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 248; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 291. In giurisprudenza, per tutte, Cass., 29 ottobre 1999, n. 12144, in *Contratti*, 2000, p. 37). Non mancano voci contrarie che ricollegano al contratto concluso dal falsus procurator la sanzione della nullità poiché la mancanza di potere farebbe venir meno un elemento essenziale per l'agire rappresentativo (cfr., in tal senso G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 297. A sostegno della tesi della nullità l'a. sottolinea che la dizione dell'art. 1398 c.c. fa riferimento ad un incolpevole affidamento nella validità dell'atto, sì che deve dedursi che, nella visione che il legislatore ha avuto del fenomeno, l'atto è senz'altro invalido. Nelle disposizioni di cui agli artt. 1398 e 1399 c.c., inoltre, non è presente alcuna azione del dominus per ottenere l'affermazione di tale invalidità (azione che invece è prevista in caso di abuso di potere ex art. 1394 e 1395), dal che si può dedurre che l'invalidità non ha bisogno di essere stabilita con una pronuncia, ma inficia radicalmente l'atto. In questo modo si giustificerebbe la natura extracontrattuale dell'obbligo di risarcimento, previsto e disciplinato dall'art. 1398 c.c., e inoltre la



Compito primario del rappresentante è dunque quello di curare l'interesse del rappresentato³⁰. Nei casi in cui il rappresentante persegua scopi propri o altrui contrastanti con quelli del rappresentato, trovandosi così in una situazione di conflitto di interessi, il contratto può essere annullato se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo (art. 1394 c.c.)³¹. Mentre l'interesse del rappresentato è tutelato con l'attribuzione della impugnabilità, l'interesse del terzo va tutelato nei limiti dell'affidamento. La riconoscibilità del conflitto, va valutata secondo le regole dell'ordinaria diligenza, in rapporto al caso concreto. La conoscenza o la riconoscibilità del conflitto di interessi incide sul potere di rappresentanza del rappresentante, col risultato di ricondurre il vizio dell'atto a un vizio di legittimazione³².

L'accertamento del conflitto di interessi può essere chiesto anche in via di eccezione, proponibile anche in appello, ma non può essere rilevato d'ufficio o dedotto per la prima volta in sede di legittimità. La giurisprudenza prevalente ritiene che il termine di prescrizione dell'azione di annullamento decorra dalla data di stipulazione del negozio. La responsabilità del rappresentante ha natura contrattuale, in quanto deriva dall'obbligazione legale di non utilizzare la procura in contrasto con l'interesse del rappresentato.

Fattispecie tipica di conflitto di interessi è quella del contratto concluso con se stesso³³ in cui il rappresentante assume la posizione di parte sostanziale contrapposta al rappresentato oppure stipula in rappresentanza delle parti contrapposte³⁴. La sanzione per tale invalidità del contratto è quella dell'annullabilità salve le ipotesi previste dall'art. 1395 c.c. (specifica autorizzazione del rappresentato a contrarre con se stesso e predeterminazione del contenuto tale da escludere la possibilità del conflitto di interessi). La dottrina ha avuto modo di evidenziare che l'autorizzazione di cui all'art. 1395 c.c. ha natura integrativa, configurandosi come un conferimento di

validità dell'atto in conseguenza della ratifica deriva da una distinta autonoma determinazione del titolare della posizione giuridica. Infine L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, p. 186, fa riferimento ad un'invalidità *sui generis*).

²⁹ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 99.

³⁰ Si ha conflitto di interessi quando il rappresentante nello svolgimento della propria attività, pur rimanendo nell'ambito delle facoltà attribuitegli, soddisfa intenzionalmente non un interesse del rappresentato, ma esclusivamente un interesse proprio o di terzi contrastante anche solo in via potenziale con quello del rappresentato. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 96.

³¹ Sulla tematica cfr., L. FRANCIOSI, *Il conflitto di interessi nella rappresentanza*, in *Tratt. dir.priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2000.

³² E. BETTI, *op. cit.*, p. 603.

³³ Sull'argomento cfr., tra gli altri, S. PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, (Saggi), Milano, 1951; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 279 ss.; VISALLI, *Natura giuridica del contratto con se stesso*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 377; U. NATOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 173 ss.; C. BALBI, *Contratto con sé stesso*, in *Noviss. dig.it.*, 1959, p. 690 ss.

³⁴ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 97.



potere di agire con effetti nella sfera giuridica del rappresentato³⁵. A ciò parte della dottrina e della giurisprudenza oppongono l'inidoneità della sola autorizzazione per escludere l'annullabilità del contratto, essendo necessaria anche la predeterminazione del contenuto³⁶. In realtà, si sottolinea che la previsione di due fattispecie di validità del contratto, implica che la sussistenza di una sola condizione è di per sé sufficiente ad escludere l'annullabilità del contratto³⁷.

Certo è che le condizioni di validità elencate nell'art. 1395 c.c. sono di carattere tassativo. Legittimato all'azione di annullamento è solo il rappresentato. La norma in esame non si applica quando il rappresentante, creditore del rappresentato, paghi a se stesso il debito di quest'ultimo. L'annullabilità del contratto concluso dal rappresentante ha luogo anche nel caso in cui questi abbia assunto la posizione di parte per interposta persona poiché, una volta dimostrata la fittizietà dell'interposizione, la posizione di parte viene assunta dall'effettivo titolare, nei cui confronti è applicabile l'art. 1395.

1c. Poiché il conflitto di interessi non è definito dal legislatore³⁸, è spettato agli interpreti il compito di ricercare quali possano essere i suoi elementi caratterizzanti.

Il carattere che, più di ogni altro, sembra qualificare il conflitto di interessi è quello relativo alla incompatibilità vista come contrapposizione degli interessi, così da far sì che il soddisfacimento del primo comporta, come inevitabile conseguenza, il sacrificio dell'altro³⁹.

In alcuni casi l'incompatibilità è palese: è il caso degli atti vietati ai genitori (art. 323 c.c.) e di quelli vietati al tutore del minore ed al protutore, al curatore dell'emancipato, al tutore dell'interdetto, al curatore dell'inabilitato (artt. 378, 396, 424); del divieto di cessione di cui all'art. 1261 c.c., dei divieti speciali di comprare 1471 c.c., del contratto con sé stesso di cui all'art. 1395 c.c. il cui divieto di agire è qualificato dalla struttura unipersonale del contratto ed è derogabile dal rappresentato il quale può autorizzare il rappresentante a contrarre con sé stesso.

In tutti gli altri casi va rivalutata la prospettiva funzionale, volta ad esaltare il concreto assetto di interessi⁴⁰, così da rivelare se in una determinata fattispecie

³⁵ F. MESSINEO, *Contratto con se stesso*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 213.

³⁶ G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 387; L. MOSCO, *op. cit.*, p. 382. V., inoltre, C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., p. 273

³⁷ In tal senso, cfr., tra gli altri, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 1033.

³⁸ D. MAFFEIS, *Tutela dell'interesse e conflitto di interessi nella rappresentanza e nel mandato*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 262, rileva come l'art. 1394 c.c. non definisca il conflitto di interessi né indichi cos'è e sottolinea come vi sia disciplina senza descrizione del fatto la cui individuazione è rimessa totalmente all'interprete.

³⁹ Cass. civ., Sez. III, 30 maggio 2008, n. 14481, in *Mass. Giur. it.*, 2008.

⁴⁰ A tal proposito, si è autorevolmente affermato che tutti gli studi metodologicamente orientati verso la ricerca di soluzioni unitarie finiscono per «sacrificare le peculiarità degli assetti di interesse». Un



sussistano interessi differenti ma non contrapposti che, dunque, non originano alcun conflitto⁴¹: si pensi alla fideiussione prestata dal genitore per il figlio, o alla gestione dell'azienda del minore, in cui i genitori siano usufruttuari in parte del proprio diritto, in parte come titolari dell'usufrutto legale. Non sembra sussistere conflitto di interessi ove il rappresentante abbia un interesse proprio al compimento dell'atto in esame, convergente con quello del rappresentato⁴²: evidente è il caso della vendita di un bene appartenente pro quota al rappresentato ed al rappresentante. Quest'ultimo, infatti, si costituirà in atto in proprio e quale rappresentante dell'altra parte, senza che, per questo, sia individuabile alcuna ipotesi di conflitto⁴³.

approccio di tal genere, infatti, induce l'interprete ad accordare preferenza alla sottolineatura del profilo e alle classificazioni ispirate alla struttura. Così P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, cit., p. 181

⁴¹ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 96; A. SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, in *Enciclopedia* diretta da P. Cendon, 1997, p. 140. In alcune pronunce giurisprudenziali, al contrario, non risulta necessaria, ai fini dell'accertamento dell'esistenza del conflitto di interessi, la prova di aver subito un concreto pregiudizio. Cfr., a tal proposito, Cass. civ., 18.07.2007, n. 15981, in *Contratti*, 2008, p. 589, secondo cui "Il conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato che, se conosciuto o conoscibile dal terzo, rende annullabile il contratto concluso dal rappresentante, ai sensi dell'art. 1394 cod. civ. (applicabile anche ai casi di rappresentanza organica di una persona giuridica), ricorre allorché il primo sia portatore di interessi incompatibili con quelli del secondo, cosicché la salvaguardia dei detti interessi gli impedisce di tutelare adeguatamente l'interesse del "dominus", con la conseguenza che non ha rilevanza, di per sé, che l'atto compiuto sia vantaggioso o svantaggioso per il rappresentato e che non è necessario provare di aver subito un concreto pregiudizio, perché il rappresentato possa domandare o eccepire l'annullabilità del negozio. A tal fine, i vincoli di solidarietà e la comunanza d'interessi fra rappresentante e terzo sono indizi che consentono al giudice del merito di ritenere, secondo l' "id quod plerumque accidit" ed in concorso con altri elementi (come l'inesistenza di qualsiasi interesse al contratto ovvero la sussistenza di un pregiudizio non correlato al alcun vantaggio), sia il proposito del rappresentante di favorire il terzo, sia la conoscenza effettiva o quanto meno la conoscibilità di tale situazione da parte del terzo"

⁴² In alcuni casi, infatti, il rappresentante nella stipulazione del contratto è portatore di un interesse che si concilia con quello del rappresentato, per cui il contratto concluso dal rappresentante realizza congiuntamente l'interesse di entrambi senza pericolo di danno per il rappresentato. Si fa l'esempio del rappresentante che vende al rappresentato un bene di suo fratello: in tal caso ci sarebbe il *fumus* di conflitto di interessi ma in realtà, il conflitto va escluso se viene accertato che il bene è stato alienato al prezzo più basso di quello praticato sul mercato per quel tipo di immobile. Sul punto G. STELLA, *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza: Principi generali del codice civile e disciplina speciale dei servizi di investimento*, in C. GRANELLI – G. STELLA (a cura di), *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, Milano, 2007.

⁴³ G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione, procedimento e uffici in generale*, volume primo, Milano, 2003, 288. Nello stesso senso F. MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria*, Roma, 1986, 141; A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano 2000, 234. Concorde la giurisprudenza: cfr., tra le altre, Cass. 30 gennaio 1982 n. 599, in *Giust. civ.*, 1982, p. 2147 secondo cui "sussiste conflitto di interessi fra il genitore esercente la potestà ed il minore solo allorché l'interesse del primo è in contrasto con quello del secondo e non anche in presenza di un interesse comune di entrambe le parti al compimento di un determinato atto"; si esprime nello stesso senso Cass. 28 febbraio 1992 n. 2489, in *Mass. giur. it.*, 1992.



1d. Vivaci discussioni sono sorte in merito alla rilevanza del requisito della potenzialità del conflitto di interessi. Secondo parte della dottrina sussisterebbe conflitto di interesse in tutti i casi in cui il rappresentante sia portatore di un interesse confliggente con quello del rappresentato “a prescindere dal comportamento contrattuale che il rappresentante potrà assumere”⁴⁴. In tal senso ciò che rileva è la situazione in cui si sia svolta l’azione indipendentemente dal contenuto e dagli effetti prodotti dal contratto che sarebbe invalido anche senza la prova che il rappresentante abbia effettivamente sacrificato gli interessi del rappresentato⁴⁵. Se così non fosse si finirebbe con l’ignorare interessi eventuali e futuri di cui il rappresentante potrebbe essere portatore, in conflitto con quelli eventuali e/o futuri del rappresentato. Basterebbe dunque il mero sospetto che il rappresentante abbia perseguito un vantaggio proprio o di terzi sacrificando l’interesse del rappresentato⁴⁶. Secondo la dottrina da ultimo citata, dunque, anche un mero interesse futuro e/o eventuale potrebbe creare una contrapposizione di interessi, stante la *ratio* dell’art. 320 c.c., dettata a protezione degli interessi dell’incapace⁴⁷. Ciò che rileva, pertanto, è l’interesse dell’incapace e quest’ultimo ben può essere pregiudicato anche da un interesse eventuale e/o futuro (comunque confliggente con quello dell’incapace) del rappresentante⁴⁸.

Questa concezione viene respinta da quella dottrina convinta che attribuire rilevanza alla potenzialità del conflitto significa ricadere in un divieto generale di agire⁴⁹ inaccettabile per due ragioni: la prima dipendente dalla eccedenza del mezzo (il divieto di agire appunto) rispetto allo scopo (la tutela dell’interesse del rappresentato), la seconda dipendente dalla difficoltà di applicare al conflitto di interessi inteso come situazione il requisito della conoscenza o della riconoscibilità del conflitto da parte del terzo ai sensi dell’art. 1394 c.c.⁵⁰.

Si contrappone dunque alla semplice potenzialità, intesa come eventualità di un

⁴⁴ Secondo il filone più rigoroso della dottrina fautrice della rilevanza del conflitto potenziale “non occorre che l’atto del rappresentante sia effettivamente pregiudizievole o dannoso per il rappresentato; è sufficiente che il rappresentante si trovi, oggettivamente, in una situazione di conflitto di interessi”. Testualmente M. PARADISO, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2001, p. 405; L. FRANCIOSI, *Il conflitto di interessi nella rappresentanza*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2000, p. 196; C.M. BIANCA, *op.cit.*, p. 96; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1977, p. 78; G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, cit., p. 268; E. PEREGO, *Spunti sul conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1454.

⁴⁵ F. GALGANO, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2000, p. 246; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2002, p. 228.

⁴⁶ A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, p. 216.

⁴⁷ AA.VV., *Manuale di volontaria giurisdizione*, a cura di V. Salafia, Milano, 1999, 194.

⁴⁸ Su tali posizioni si attesta anche la giurisprudenza dominante. Cfr., per tutte, Cass., 30 maggio 2008 n. 14481, in *Studium iuris*, 2009, p. 196.

⁴⁹ Secondo E. PEREGO, *op. cit.*, p. 1450, l’ordinamento vieta al rappresentante di agire perché non lo si vuol mettere in condizione di dover scegliere tra interessi contrastanti.

⁵⁰ In tal senso D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, p. 89 ss.



futuro conflitto tra gli interessi del rappresentante e quelli del rappresentato l'attualità del conflitto, vista come effettiva e concreta opposizione degli interessi del rappresentante e del rappresentato al momento del compimento dell'atto. In tal senso sussisterebbe conflitto esclusivamente quando i soggetti interessati siano, al momento della stipula dell'atto, in una posizione di contrasto: non rilevarebbe, pertanto, la mera eventualità di una contrapposizione di interessi futura. Ciò significa che ricorre il conflitto di interessi quando il rappresentante, anziché ispirarsi agli interessi del rappresentato fa, mediante il negozio, interessi propri o di un terzo⁵¹; quando, in definitiva, gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante sono chiaramente incompatibili e quest'ultimo, per determinare il contenuto del contratto, anziché assecondare gli interessi del rappresentato, persegue i propri o quelli di un terzo così da determinare un danno per il rappresentato stesso⁵². Il conflitto di interessi che rende annullabile il contratto è solo quello che abbia inciso concretamente ed attualmente sul contratto stesso che dunque non realizza gli interessi del rappresentato⁵³. A tal proposito viene rilevato come la finalità dell'art. 1394 c.c. sia protettiva e non preventiva poiché, altrimenti, si introdurrebbe un astratto divieto di agire anziché uno strumento di rimozione degli effetti dell'azione. La norma, al contrario, prevede una "misura di reazione ad una lesione effettivamente verificatesi"⁵⁴. Il conflitto di interessi deve essere pertanto valutato in concreto, cioè in riferimento alla situazione in cui si è verificata l'effettiva prevalenza dell'interesse del rappresentante su quello del rappresentato con effettivo pregiudizio per quest'ultimo⁵⁵.

1e. Ci si interroga in dottrina sulla possibile applicabilità della norma dettata dall'art. 1394 c.c. al di fuori della rappresentanza volontaria.

Si fa notare come non vi sia margine per la sua applicazione nell'ambito della rappresentanza legale⁵⁶ sia perché l'art. 1394 c.c. presuppone una facoltà di reazione del rappresentato non configurabile nell'ambito della rappresentanza legale⁵⁷, e sia perché la stessa disposizione prevede quale requisito effettuale la conoscenza o la

⁵¹ In tal senso C. ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 147

⁵² Testualmente F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano, 1973, p. 259 ss.

⁵³ È questa l'opinione di LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 74 ss.; P. PAPANTI PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, p. 88.

⁵⁴ Così A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 752.

⁵⁵ SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, Milano, 1999, p. 27.

⁵⁶ Su posizioni contrarie G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, I, Milano, 2003, p. 296.

⁵⁷ G. DE NOVA, *La rappresentanza*, in *Tratt. dir. priv., Obbligazioni e contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1992, p. 414; ID., *La conclusione per altri*, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 1996, p. 198.



conoscibilità da parte del terzo, non rilevante nell'ambito della rappresentanza legale⁵⁸.

Alla stessa conclusione si perviene non appena ci si sposta nell'ambito della disciplina contrattuale del mandato senza rappresentanza. Solo nella rappresentanza volontaria, infatti, il rappresentato è legittimato a far valere nei confronti del terzo il pregiudizio subito in conseguenza del conflitto di interessi del rappresentante sanzionando il contratto con l'annullabilità ad eccezione dei casi in cui il terzo abbia incolpevolmente fatto affidamento su di esso (non percependo con la normale diligenza, l'esistenza del conflitto)⁵⁹. Di contro, nella gestione non rappresentativa, ed in particolare nella disciplina del mandato senza rappresentanza, viene colpito non il contratto stipulato con il terzo bensì quello concluso tra il mandante ed il mandatario con inevitabile attivazione dei rimedi di carattere generale quali il risarcimento del danno ex art. 1218 c.c., la risoluzione del contratto ex art. 1455 c.c. ed infine la reiezione automatica degli effetti del contratto qualora il mandatario abbia ecceduto i limiti fissati nel mandato ai sensi dell'art. 1711 c.c.⁶⁰.

Secondo la dottrina da ultimo citata, l'inapplicabilità del rimedio disciplinato nell'art. 1394 c.c. al di fuori della rappresentanza volontaria si giustifica in virtù delle diverse configurazioni che assume la nozione di conflitto di interessi nelle varie fattispecie previste nell'ordinamento. Basti pensare a quelle che attengono alla conclusione di un contratto, sino ad ora analizzate, e quelle che non afferiscono alla conclusione di un contratto. A tal proposito, nel prosieguo della trattazione verranno esaminate, in particolare, le fattispecie riconducibili all'area del diritto societario e rappresentate dal conflitto di interessi del socio di s.p.a. (art. 2373 c.c.) e dal novellato art. 2391 c.c. relativo agli interessi degli amministratori nelle deliberazioni consiliari. Seppur nella loro diversità, le discipline testé indicate rappresentano un evidente dimostrazione di come il conflitto di interessi non si sostanzia più in una sanzione repressiva bensì si limiti a prevedere una misura preventiva che si risolve oggi in più pregnanti obblighi di trasparenza presupponenti la maggiore responsabilizzazione della persona.

2. Certamente rilevante appare la questione relativa al conflitto di interessi nell'ambito della famiglia poiché in tale contesto si manifesta in maniera più

⁵⁸ D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, cit., p. 453.

⁵⁹ In tal senso A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, cit., p. 746.

⁶⁰ Secondo D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, cit., p. 474 "il rimedio che si trova espressamente previsto dall'art. 1711, comma 1, c.c. deve essere applicato non soltanto quando vi è eccesso di mandato cioè quando il mandatario eccede i limiti del mandato o non osserva le sue istruzioni, bensì in ogni caso in cui vi è un inadempimento del mandatario che si traduce nella conclusione di un contratto contrario all'interesse del mandante, quindi anche quando il contratto gestorio è contrario all'interesse del mandante per l'incidenza di un interesse in conflitto". Per una critica a tale tesi cfr., A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, p. 552.



pregnante la necessità che l'azione del rappresentante sia svolta non solo in nome ma anche e soprattutto nell'interesse del rappresentato o dell'assistito. Se infatti l'esigenza di garantire la cura dell'interesse del rappresentato è avvertita, come già visto, nella rappresentanza volontaria, tanto più deve essere garantita nella rappresentanza legale che è posta a difesa di interessi sovra individuali⁶¹.

Ne discende una particolare complessità e varietà delle fattispecie di conflitto di interessi che originano nella realtà familiare, caratterizzate, in linea generale, dal conflitto che si viene a creare nell'ambito della potestà genitoriale⁶², da quello tra più minori soggetti alla stessa potestà, ed infine dal conflitto tra minore e tutore.

In tutti questi casi, data l'importanza della tutela degli interessi del rappresentato, la sanzione offerta dall'ordinamento là dove il rappresentante agisca in maniera difforme rispetto al compito assegnatogli è delineata dall'annullabilità del negozio posto in essere ai sensi degli artt. 322, 377, 396 c.c. La presenza del conflitto di interessi, infatti, impedisce al titolare dell'ufficio di esercitare le funzioni relative a quegli atti per i quali sussiste il conflitto stesso⁶³. L'atto viene compiuto dall'organo vicario, se esiste, altrimenti viene nominato un curatore speciale.

2a. Anche in ambito familiare la sussistenza del conflitto di interessi è legata alla contrapposizione degli interessi ed è determinata dal fatto che il rappresentante abbia un proprio interesse al compimento dell'atto del tutto divergente da quello del rappresentato in modo che il suo personale interesse sia inconciliabile con quello dell'altro⁶⁴. Ciò significa che non ricorre alcun conflitto di interessi quando, pur avendo i due soggetti un interesse proprio e distinto al compimento dell'atto, questo corrisponda al vantaggio comune di entrambi⁶⁵; quando cioè gli interessi dei genitori e

⁶¹ PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 100.

⁶² In tema di potestà dei genitori e senza pretese di esaustività, si vedano, oltre agli autori citati più avanti nel testo, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali. Artt. 320-323 c.c.*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da F. Busnelli, Milano, 2007; L. FERRI, *Della potestà dei genitori, Artt. 315-342 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Delle persone e della famiglia, Bologna-Roma, 1988; A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, in *Il diritto di famiglia*, a cura di M. Sesta e M. dogliotti, in *Tratt. Bessone*, Torino, 1999; G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, Milano, 2002.

⁶³ A. DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, Milano, 1962, p. 233.

⁶⁴ F. MAZZACANE, *op. cit.*, p. 148

⁶⁵ Si attesta su tali posizioni in particolare la giurisprudenza. Cfr., Cass., 28 febbraio 1992, n. 2489, in *Foro it., Mass.*, 1992, c. 204, secondo cui "Non si configura conflitto di interessi tra il genitore ed il minore da lui legalmente rappresentato, e non è conseguentemente, necessaria la nomina di un curatore speciale, ai sensi dell'art. 320 ultimo comma c. c., quando il compimento dell'atto, pur avendovi i due soggetti un interesse proprio e distinto, realizza un vantaggio comune di entrambi senza danno reciproco (nella specie, costituzione della madre, in proprio ed in rappresentanza dei figli minori, nel giudizio di risarcimento di danno extracontrattuale instaurato contro il padre poi deceduto)".



del figlio sono convergenti rispetto all'atto da compiere⁶⁶.

Secondo la dottrina il conflitto deve essere tale da determinare una situazione di pericolo di danno al rappresentato per un ragionevole dubbio che il rappresentante possa perseguire nell'atto un interesse proprio in danno o a preferenza dell'interesse dell'altro⁶⁷.

Nei casi in cui sussista contrapposizione di interessi o apprezzabilità oggettiva di conflitto, il minore, i prossimi congiunti e gli altri interessati possono presentare ricorso al giudice per la nomina di un curatore speciale⁶⁸. Ciò non implica però la perdita della potestà da parte dei genitori che, infatti, rimangono nell'impossibilità di esercitare legittimamente solo le funzioni relative a quegli atti per i quali vi è conflitto. Per tutto il resto mantengono ogni loro potere e possono vigilare sull'attività del curatore speciale chiedendone, in caso di cattiva gestione, la sostituzione o la revoca.

2b. Secondo l'interpretazione senz'altro dominante, il conflitto di interessi, per essere rilevante, deve essere attuale cioè valutabile nel momento della formazione del negozio⁶⁹.

La Corte di Cassazione, al contrario⁷⁰, si è mostrata propensa ad ammettere la rilevanza del mero conflitto potenziale. L'occasione fu originata dal caso di una donazione effettuata da un genitore al figlio minore⁷¹: il problema fu capire se anche

⁶⁶ In tal senso anche nella dottrina risalente A. CICU, *La filiazione*, Torino, 1969, p. 376; GRASSETTI, *Della patria potestà*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio, Firenze, 1940, p. 627.

⁶⁷ G. SANTARCANGELO, *op. cit.*, p. 289.

⁶⁸ Se, al contrario, il conflitto tra il figlio ed uno solo dei genitori, la rappresentanza spetterà in via esclusiva all'altro genitore senza la necessità di alcun provvedimento autorizzativo da parte del giudice.

⁶⁹ In tal senso è concorde quasi tutta la dottrina.

⁷⁰ Tale orientamento è ormai consolidato. A tal proposito cfr., per tutte, Cass. civ., Sez. II, 16/09/2002, n. 13507, in *Gius*, 2003, 2, p. 196, secondo cui "è ravvisabile un conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente ed il suo rappresentante legale (nella specie, figlio minore e rispettivi genitori), ogni volta che l'incompatibilità delle rispettive posizioni è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività; ne consegue che la relativa verifica va compiuta in astratto ed "ex ante" secondo l'oggettiva consistenza della materia del contendere dedotta in giudizio, anziché in concreto ed a posteriori alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti nella causa. Pertanto, in caso di omessa nomina di un curatore speciale, il giudizio è nullo per vizio di costituzione del rapporto processuale e per violazione del principio del contraddittorio".

⁷¹ Cass. 19 gennaio 1981 n. 439, in *Riv. not.*, 1981, p. 149 secondo cui "in tema di donazione in favore di minore, per la cui accettazione è richiesta in ogni caso l'autorizzazione del giudice tutelare, a norma dell'art. 320, comma 3 (nuovo testo) c.c., qualora la qualità di donante venga assunta da entrambi o anche da uno solo dei genitori investiti della legale rappresentanza del minore stesso, si verifica una ipotesi di conflitto di interessi patrimoniali, che rientra nella previsione dell'ultimo comma del citato art. 320 c.c., con il conseguente potere-dovere del giudice tutelare di nominare un terzo curatore speciale, e non nella previsione del successivo art. 321, il quale, con l'intervento del tribunale,



l'altro genitore (non donante) si trovasse ugualmente in una ipotesi di conflitto di interessi. La decisione della Suprema Corte è emblematica, sia perché afferma la rilevanza del conflitto potenziale, sia perché ribadisce l'importanza del conflitto indiretto. I giudici della Corte, nel presupposto che il contratto di donazione⁷², anche se privo di pesi e condizioni, sia comunque una fonte potenziale di pregiudizio del donatario, hanno concluso per l'imprescindibilità di una valutazione giudiziale relativa alla necessità e/o utilità evidente del negozio da concludere⁷³. Va da sé, dunque, che il genitore donante si trovi inevitabilmente in una situazione di contrasto, data l'astratta attitudine conflittuale della donazione, determinata anche dai risvolti in tema di alimenti: all'art. 437 c.c., infatti, si dispone che "il donatario è tenuto, con precedenza su ogni altro obbligato, a prestare gli alimenti al donante". La Cassazione, tuttavia, si spinge oltre ed evidenzia una situazione di contrapposizione di interessi anche tra il minore donatario ed il genitore non donante: il conflitto sarebbe spiegato dalle disposizioni di cui agli artt. 437 e ss c.c. L'altro genitore, infatti, potrebbe aver interesse a che il minore accetti l'attribuzione liberale, divenendo questi, in seguito a ciò, primo obbligato alla corresponsione degli alimenti. Tale orientamento ha avuto seguito nella giurisprudenza di merito⁷⁴, la quale, oltre a recepire le indicazioni fornite dalla Suprema Corte, ha individuato un'altra ipotesi di conflitto potenziale, rilevante ai fini della nomina di un curatore speciale. Si è infatti sottolineato che il genitore non donante potrebbe avere interesse a che il minore non accetti la donazione per il timore che venga irrimediabilmente depauperato il patrimonio del donante con evidente pregiudizio per la quota di legittima a questi spettante *ex lege*⁷⁵. La

regola il diverso caso dell'impedimento o della voluta omissione dei genitori medesimi rispetto all'attività necessaria per la tutela del figlio minore".

⁷² In merito al contratto di donazione cfr., *ex multis* e senza pretese di esaustività, G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, 1964; A. CATAUDELLA, *La donazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2005; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1956; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1961.

⁷³ Parte della dottrina sostiene che la donazione, come ogni altro contratto, presenta una inevitabile situazione di conflitto di interessi tra donante e donatario. Sul punto cfr. A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, p. 112. Nello stesso senso App. Palermo, 7 dicembre 1989, in *Vita not.* 1990, p. 652, secondo cui "nel caso di donazione il conflitto di interessi fra donante e donatario discende dalla stessa natura contrattuale del negozio con la conseguenza che, trattandosi di liberalità in favore di un minore proveniente da chi sullo stesso esercita la potestà, la competenza per la nomina del curatore speciale spetta sempre al giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c. e non al tribunale ex art. 321 c.c., essendo irrilevante che donanti siano entrambi i genitori, uno soltanto di essi o l'unico che eserciti la potestà".

⁷⁴ Cfr., per tutte, Trib. Padova, 20/05/2005, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1260, secondo cui "Per la configurabilità del conflitto di interessi ex [art. 78 comma 2 c.p.c.](#) è sufficiente che i rispettivi interessi del rappresentante e del rappresentato siano anche solo potenzialmente antitetici, dovendosi compiere la relativa verifica in astratto ed ex ante in relazione alla oggettiva esistenza della materia del contendere".

⁷⁵ Trib. Roma, 30 giugno 1986, in *Riv. notar.*, 1986, p. 961, secondo cui "nel caso di donazione ai figli minori da parte di uno solo dei genitori v'è conflitto d'interessi tra i minori e l'altro genitore, atteso



conclusione a cui si perviene è che, nel caso di donazione effettuata da un solo coniuge al figlio minore, si rende necessaria, per quanto sopra esposto, la nomina di un curatore speciale ex art 320 c.c., dal momento che anche l'altro genitore non sarebbe in grado di tutelare adeguatamente gli interessi del figlio, proprio a causa del conflitto potenziale.

2c. La dottrina di gran lunga prevalente non ha atteso troppo tempo per contestare le argomentazioni della Suprema Corte negando, in particolare, l'esistenza di qualsiasi conflitto tra genitore donante e figlio donatario e ravvisando, in realtà, un imprescindibile dualismo di posizioni giuridiche, che comporterebbe esclusivamente una situazione di impossibilità, tale da provocare la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art.321 c.c., ma solo ove anche l'altro genitore sia ugualmente impedito⁷⁶.

La decisione della Suprema Corte, al contrario, sembra riconoscere cittadinanza nell'ordinamento alla tutela di mere aspettative future ed eventuali, quali le pretese alimentari o i diritti riservati ai legittimari, che lascerebbero insinuare il sospetto di un potenziale conflitto di interessi non solo nel contratto di donazione, ma inevitabilmente anche in ogni altro tipo di operazione negoziale compiuta dai genitori quali rappresentanti legali del figlio.

Le argomentazioni offerte a sostegno della rilevanza di un conflitto potenziale tra il minore ed il genitore non donatario (rappresentato dal problema dell'obbligo alimentare e da quello del depauperamento del patrimonio con eventuale lesione della legittima) non dovrebbero poter coesistere in riferimento ad una fattispecie concreta, ma sono strutturate in modo tale da escludersi a vicenda. Se, infatti, di fronte all'obbligo alimentare l'altro genitore avrebbe interesse a far sì che il minore accetti la donazione, in relazione alla tematica della quota di legittima lo stesso genitore manifesterebbe un interesse diametralmente opposto, indirizzato cioè al rifiuto della medesima attribuzione da parte del minore. Ne deriva che l'unica soluzione volta a conciliare le due ipotesi porterebbe ad una sorta di compensazione o di semplificazione che le eliderebbe a vicenda portando il genitore ad una situazione di indifferenza. Oltretutto, nella considerazione di tali argomenti va tenuto presente, mutuando strumenti di analisi dalla contrattualistica, che il verificarsi del conflitto e quindi del danno è subordinato ad eventi futuri ed incerti nell'*an* e nel *quando*, quali lo stato di indigenza del donante o la sua premorienza, che sola legittimerebbe un interesse alla sua successione.

La rilevanza attribuita alla potenzialità del conflitto, poi, determina l'incapacità di comprendere a priori quando la situazione in cui versa il rappresentante sia

che le conseguenze della donazione si riflettono sull'ordine previsto dall'art. 433 c.c. ma soprattutto influiscono sulla ripartizione dei diritti prevista dal codice nella successione dei legittimari, sicché si rende necessaria la nomina di un curatore speciale che rappresenti i minori".

⁷⁶ A. JANNUZZI, *op. cit.*, 364; nello stesso senso F. MAZZACANE, *op. cit.*, 168.



effettivamente lesiva per il rappresentato. Questa è, infatti, una valutazione che può essere compiuta solo ed esclusivamente dopo un'attenta analisi del dato concreto che tenga conto dei reali interessi coinvolti nella vicenda. Un assetto di interessi del rappresentante a prima vista confliggente con quello del rappresentato, se considerato in astratto, può rivelarsi in termini del tutto vantaggiosi al momento della conclusione del contratto per il rappresentato, qualora venga riferito ad una determinata situazione e ad un concreto assetto di interessi. Il giudizio definitivo sull'esistenza o meno del conflitto di interessi può essere formulato, dunque, solo dopo un'attenta indagine che tenga necessariamente conto degli interessi concretamente coinvolti nella fattispecie di riferimento. Un *posterius*, dunque, mai un *prior*.

Il rilievo accordato al conflitto potenziale sembra disattendere, infine, la *ratio* che ha animato la riforma del diritto di famiglia e, nel caso di specie, delle norme in tema di potestà. Il legislatore ha mostrato, infatti, di voler privilegiare il rapporto tra genitori e figli⁷⁷ senza distinzione⁷⁸ e di voler esaltare il ruolo della famiglia⁷⁹, vera e

⁷⁷ Sulla filiazione cfr., senza pretese di esaustività, A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato dir. civ. It.*, Vassalli, Torino, 1969, III, p. 6 ss.; L. FERRI, *Lezioni sulla filiazione*, Bologna, 1976; M. SESTA, *La filiazione legittima*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato Bessone, Torino, 1999; G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, in *Trattato dir. fam.*, Bonilini-Cattaneo, Torino, 2007; AZZARITI, *Filiazione legittima e naturale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1982, p. 733; U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, La famiglia. Le successioni, Milano, 2000; AA.VV., *La filiazione legittima e naturale*, in *Trattato Zatti*, Milano, 2003; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino 2003; T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2004; S. PICCININI, *Il genitore e lo status di figlio*, Milano, 1999; G. CATTANEO, *Della filiazione legittima (art. 231-249)*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja –Branca, Bologna-Roma, 1988, *passim*; ID., *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1997; A. M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 1484 ss.

⁷⁸ Ripetuti interventi legislativi dimostrano la volontà del legislatore ordinario di dare piena attuazione al principio di uguaglianza all'interno del rapporto di filiazione (art. 3 e 30 Cost.) e di garantire “ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima”. Ciò si accompagna alla progressiva affermazione dei doveri di solidarietà direttamente riconducibili al riconoscimento normativo del primato della persona (art. 2 Cost.) che garantisce e tutela massimamente l'interesse individuale di ciascun familiare. Non si può non riconoscere al legislatore il merito di aver contribuito al progressivo superamento della discriminazione (Si ricordi, in particolare, l'eliminazione del secondo comma dall'art. 233 c.c. che precludeva al marito l'azione di disconoscimento della paternità del figlio nato entro centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio nel caso in cui questi fosse “consapevole della gravidanza prima del matrimonio” o risultasse “dall'atto di nascita che la dichiarazione fu fatta dal marito o da un suo procuratore speciale”). Per qualificare la posizione del figlio nato nel periodo surriferito la dottrina parlava persino di beneficio speciale di legge in forza del quale questi è reputato legittimo. Su tali posizioni G. CATTANEO, *Della filiazione legittima*, cit., p. 70) tra i figli nati al di fuori e quelli nati all'interno del matrimonio nella consapevolezza che il figlio, per il solo fatto della nascita, acquista nei confronti del genitore il diritto alla piena assistenza morale e materiale. In tal senso G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, cit., p. 14 ss.

⁷⁹ L'avvento della Carta Costituzionale e con essa il riconoscimento dei diritti di solidarietà, eguaglianza ed unità hanno apportato, in breve tempo, una considerevole serie di cambiamenti all'interno dell'istituzione familiare decretando, *in primis*, a favore dei coniugi il diritto alla partecipazione a pari titolo alla conduzione della vita coniugale. Cfr., per tutti, G. VILLA, *Gli effetti del*



propria comunità privilegiata a realizzare la personalità del singolo⁸⁰. L'intento del legislatore è stato quello di affidare ai genitori la cura degli interessi e la promozione delle potenzialità dei figli. Persino l'intervento del giudice deve oggi essere inteso come intervento sussidiario, volto ad agevolare il normale andamento della famiglia e ad eliminare gli ostacoli, gli abusi, gli sviamenti. Esso assume sempre più il ruolo di garanzia, nei confronti di un non corretto esercizio della potestà. Il principale obiettivo dell'esercizio della potestà è dunque la realizzazione dell'interesse del minore⁸¹. Una conferma a tali affermazioni emerge da un esame delle disposizioni in tema di tutela e curatela da un lato e di potestà dall'altro: è evidente, infatti, che la disciplina prevista per gli atti relativi al patrimonio del minore è molto più rigorosa quando il rappresentante legale non sia legato al primo dal particolare vincolo che unisce i genitori ai figli⁸². Riconoscere, dunque, la costante rilevanza del conflitto

matrimonio, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, Torino, 2007, p. 305. Bisogna evidenziare che, sebbene la Costituzione del 1948 avesse introdotto per la prima volta valori quali la pari dignità dei coniugi, l'eguaglianza morale e giuridica di questi, la solidarietà e la democraticità, la tutela ai figli nati fuori dal matrimonio, tuttavia solo con la riforma del '75 si giunge a dare attuazione a questi ultimi valori abbandonando una concezione di famiglia quale struttura di gruppo fortemente gerarchizzata dove spettava soltanto al *pater familias* organizzare ed attuare l'indirizzo della vita familiare con i relativi poteri e doveri, compreso l'esercizio della potestà sui figli, e dove moglie e figli si trovavano in una posizione di sudditanza. F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, II, cit., 657 ss., spec. 666 s., il quale afferma giustamente che la riforma del 1975 è soltanto formalmente innovatrice dei rapporti familiari, perché in realtà è mera esecutrice di principi già vigenti e spesso anche applicati nell'esperienza forense; ID., *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, 2005, 7 s. L'arcaica visione della famiglia può oggi ritenersi del tutto superata dalla nuova immagine di essa come comunità (La famiglia, infatti, "non è titolare di un interesse separato ed autonomo, superiore a quello del pieno e libero sviluppo delle singole persone". Così, testualmente, P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, cit., p. 214.) come luogo di incontro e di vita comune dei suoi membri, tra i quali si stabiliscono relazioni di affetto e di solidarietà. L'interesse della famiglia si identifica dunque in quello dei componenti ed è subordinato al pieno e libero sviluppo della persona. All'interno di essa i singoli conservano le loro originali ed essenziali connotazioni, realizzano la propria personalità e ricevono riconoscimento e tutela prima ancora che come componenti del nucleo familiare come persone. È proprio la persona, in definitiva, il valore centrale di riferimento alla cui tutela è rivolto il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali ed, in particolare, per quanto qui interessa, la valutazione normativa della famiglia. Così P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, cit., p. 216

⁸⁰ A tal proposito, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, p. 194 ss.

⁸¹ P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p.226.

⁸² F. MAZZACANE, *op. cit.*, 23. L'A. sostiene, poi, che tale conclusione è avvalorata anche da dati normativi. Ai sensi dell'art 356 c.c. il donante o il testatore può nominare al minore, *anche se questi è soggetto alla potestà dei genitori*, un curatore speciale per l'amministrazione dei beni donati o lasciati. Se il donante o il testatore non ha disposto altrimenti, il curatore speciale deve osservare le norme stabilite dagli artt 374 e 375 c.c. per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. In secondo luogo, ai sensi dell'art. 394 c.c., l'emancipato, per compiere atti di straordinaria amministrazione ha bisogno del consenso del curatore e della autorizzazione del giudice, la quale è concessa in ogni caso dal Giudice Tutelare se curatore è il genitore, mentre se curatore non è il genitore, per gli atti indicati



potenziale significherebbe contravvenire alle nuove esigenze di certezza, che animano in maniera sempre più preponderante l'ordinamento giuridico. Tale conflitto, infatti, non risulta individuabile a priori in modo chiaro e preciso, ma si affida a valutazioni ipotetiche, idonee a creare incertezza giuridica col rischio di ostacolare, a volte ingiustificatamente, la funzione genitoriale, consegnando nelle mani di un curatore, per altro soggetto esterno alla famiglia, le sorti patrimoniali dell'incapace. È naturale, infatti, che la miglior tutela per il minore, tranne alcune eccezioni, risulta essere quella offerta dai suoi genitori e non da una qualunque persona non legata ad esso da vincoli di sangue.

Una riflessione, però, pare dovuta. Non si può dimenticare che le esigenze di trasparenza e di certezza delle situazioni giuridiche non possono assurgere a valore assoluto ed immutabile all'interno dell'ordinamento ma soccombono di fronte ad interessi superiori. Va dunque analizzato il caso concreto per capire se la rilevanza del conflitto potenziale sia giustificata, in alcune circostanze, da una diversa scelta che, in virtù del principio di solidarietà, valorizza massimamente l'interesse del minore ritenuto, nel caso di specie, maggiormente meritevole di tutela. Se così fosse la nomina del curatore speciale non apparirebbe ingiustificata bensì assolutamente necessaria alla corretta attuazione dei valori costituzionali.

2d. La progressiva modificazione dell'istituto del conflitto di interessi è dimostrato altresì dal superamento del conflitto indiretto ovvero di quello che sorge tra il rappresentato ed una persona diversa dal rappresentante alla quale costui sia legato da vincoli di affetto o di affari di tale intensità da far ritenere che l'interesse dell'uno sia sentito come proprio dell'altro in modo da giustificare l'estensione del conflitto allo stesso rappresentante⁸³.

Il fondamento normativo di tale teoria era rintracciabile dalla precedente stesura dell'art. 320 c.c. secondo cui, ove fosse sorto conflitto tra i figli soggetti alla patria potestà ed il padre, la rappresentanza non sarebbe spettata alla madre, bensì ad un curatore speciale nominato dal giudice tutelare⁸⁴. Si faceva riferimento, infatti, ad un evidente conflitto affettivo che, con tutta probabilità, fosse sorto tra la madre, divisa tra l'affetto per il marito e l'amore per i figli: posta dinanzi ad una scelta avrebbe potuto subire l'ascendenza del primo a danno del secondo, senza essere in grado di svolgere in maniera oggettiva il suo delicato compito⁸⁵.

nell'art 375 c.c. è concessa dal Tribunale su parere del Giudice Tutelare. Nello stesso senso A. JANNUZZI, *op. cit.*, 252.

⁸³ A. DE ROSA, *op. cit.*, p. 236.

⁸⁴ Secondo parte della dottrina, in casi espressamente previsti dal legislatore, può rilevare anche un conflitto non patrimoniale, come accade per l'azione di disconoscimento di paternità. Sul punto cfr. A. FEDERICO, *Il conflitto di interessi*, in *Vita notarile*, I, 1999, p. 414.

⁸⁵ A. CICU, *op. cit.*, p. 363; GRASSETTI, *op. cit.*, 628.



Il legislatore della riforma del diritto di famiglia (L.151/75) ha modificato il tenore dell'art. 320 c.c. disponendo che “se sorge conflitto di interessi patrimoniali (...) tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore”.

Da tale indicazione normativa emergerebbe, secondo alcuni⁸⁶, la scelta di ritenere irrilevante non solo il conflitto affettivo ma, in generale, ogni conflitto indiretto tra genitori e figli. Secondo altra interpretazione, al contrario, la innovazione introdotta con la riforma è stata ritenuta inopportuna poiché pone l'altro genitore nell'imbarazzo della scelta tra l'interesse del figlio e quello confliggente del coniuge. Si è ritenuto dunque che tale incongruenza possa essere superata attribuendo rilevanza al conflitto indiretto e dunque estendendo il conflitto anche alle persone diverse dal rappresentante in conflitto e legate a lui da vincoli affettivi o economici⁸⁷.

Aderire alla tesi dell'attuale rilevanza del conflitto indiretto⁸⁸ significherebbe abbracciare la convinzione secondo cui, ove il figlio si trovi in conflitto con uno dei genitori, anche l'altro risulterebbe inevitabilmente in opposizione di interessi a causa di un insuperabile condizionamento che lo porterebbe a sacrificare e pregiudicare gli interessi del rappresentato. Ciò non risulterebbe corretto là dove si rifugga da una interpretazione astratta del dato fattuale nella convinzione che solo la necessaria verifica del dato concreto permette di constatare se sussiste realmente una situazione di disagio tale da spingere anche l'altro genitore a non tutelare adeguatamente gli interessi del figlio⁸⁹. Sembra poi che la disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 320 c.c. sia in linea con un principio fondamentale e generale dell'ordinamento quale è quello scaturito dagli artt 2, 29 e 30 Cost., che riconosce e tutela il valore della famiglia. Individuare ipotesi di conflitto in ogni contesto, non fa altro che determinare una situazione di incertezza giuridica e portare inevitabilmente ad un blocco ingiustificato ed ingiustificabile della funzione propria dell'ufficio, con evidente pregiudizio per gli interessi dell'incapace⁹⁰.

2e. La fattispecie del conflitto di interessi ricorre anche nel caso di più soggetti sottoposti alla stessa potestà (art. 320 , u.c, c.c.) o alla stessa tutela (art. 347 c.c.). Non

⁸⁶ A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1976, p. 160.

⁸⁷ A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 783; A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori*, in *Tratt.dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol IV, Torino, 1982, p. 578; COSTA, PODRAGROSI, RIZZUTI, *Potestà dei genitori e conflitto di interessi*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 386.

⁸⁸ A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 783.

⁸⁹ Secondo L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 100, “il legislatore della riforma non si è preoccupato degli inconvenienti sopra indicati, se ha attribuito al genitore non in conflitto la facoltà di rappresentare il minore escludendo così la nomina di un curatore speciale. Mi sembra dunque evidente che il conflitto indiretto non sia stato preso in considerazione dal legislatore”.

⁹⁰È infatti molto più probabile che questi siano maggiormente tutelati da chi gli è legato da vincoli di sangue che non da un qualsiasi curatore esterno al nucleo familiare.



necessariamente tali norme si applicano al caso di più fratelli e sorelle ma anche nelle circostanze in cui il rappresentante agisca legalmente in nome e per conto dell'incapace e contestualmente quale procuratore volontario di qualcun altro, ovvero quando il minore soggetto a potestà entri in conflitto con un'altra persona di cui lo stesso genitore sia tutore o curatore⁹¹.

In tutte queste situazioni il legislatore interviene per evitare che il rappresentante legale tuteli gli interessi di un soggetto a danno o in pregiudizio degli altri. Se dunque sorge conflitto di interessi si dovrà procedere alla nomina di più tutori o di più curatori speciali per ciascuno⁹².

Anche in questo caso si discute se sia rilevante il solo conflitto attuale o anche quello eventuale o potenziale ma certamente, secondo quanto affermato sin d'ora, non si può prescindere dal dato fattuale col risultato di procedere alla nomina del curatore speciale solo nel caso dell'effettivo verificarsi di un reale contrasto tra gli interessi di più soggetti⁹³. Se così non fosse si rischierebbe di dare rilievo alla mera probabilità del verificarsi di un conflitto di interessi e ciò sarebbe contrario alle esigenze di certezza espresse dall'ordinamento.

L'eventuale curatore speciale che venga nominato in caso di conflitto tra più soggetti ha gli stessi poteri del genitore o del tutore che sostituisce ma quest'ultimo è tenuto a sorvegliarne l'operato sollecitandone, se del caso, la revoca in caso di inerzia o incapacità.

3. Le considerazioni effettuate sino ad ora diventano, per la gran parte, sterili se si sposta la visuale dall'ambito della rappresentanza e della famiglia alla realtà societaria. Nel caso di specie, infatti, non ci si riferisce più al singolo contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi col rappresentato, ma occorre estendere l'indagine alla vera e propria attività d'impresa, ovvero ad un'attività economica esercitata in modo professionale. Il conflitto di interessi diviene dunque una situazione che consiste nella "presenza di un interesse in conflitto"⁹⁴. Ne deriva che la disciplina civilistica del conflitto di interessi, così come è stata sin d'ora esaminata, mal si adatta alla prospettiva societaria, sia che si tratti di singola società, sia

⁹¹ PELOSI, *op. cit.*, p. 204.

⁹² Tale procedura, secondo alcuni, va attuata anche nel caso in cui si tratti di compiere un atto che coinvolga fratelli non germani per evitare qualunque tipo di conflitto, anche psicologico. Cfr., sul punto, A. DE CUPIS, *Commento agli artt. 347 e 360 c.c.*, in Cian-Oppo-Trabucchi (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, p. 433 ss.

⁹³ Per accertare l'esistenza del conflitto sarà dunque sufficiente procedere ad un'indagine di fatto che, secondo alcuni, può essere tralasciata quando il conflitto è di tutta evidenza. Cfr., a tal proposito, A. DELL'ORO, *Della tutela dei minori, commento sub artt. 347 e 360 c.c.*, in Scialoja-Branca (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1979, p. 54 ss. e 138 ss.

⁹⁴ D. MAFFEIS, "Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni", in *Riv. dir. Priv.*, 3, 2003, p.518.



che ci si riferisca al più complesso gruppo di società.

Notevole cambiamento nella disciplina societaria è stato determinato dalla riforma delle società di capitali e di quelle cooperative – entrata in vigore il 1 gennaio 2004 in attuazione della legge 3 ottobre 2001 n. 366 – rappresentato dal tentativo di superare la tradizionale nozione di conflitto di interessi, ritenuta non più attuale nel contesto normativo delle società azionarie⁹⁵.

3a. L'evoluzione della disciplina del conflitto di interessi risulta evidente dal confronto tra la precedente e l'attuale formulazione delle norme relative al conflitto di interessi del socio di cui all'art 2373 c.c. e dell'amministratore ex art 2391 c.c.

Soffermandosi in primo luogo sulla situazione del socio, si nota facilmente come la riformulazione dell'art 2373 c.c. non fa altro che adeguarsi all'indirizzo interpretativo formatosi, nella vigenza della vecchia norma, in giurisprudenza. La precedente stesura dell'art 2373 c.c., al primo comma, disponeva che “il diritto di voto non può essere esercitato dal socio nelle deliberazioni in cui egli ha, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società⁹⁶”. Il secondo comma disponeva ancora che, ove il socio non si fosse astenuto dal voto, la deliberazione “qualora avesse recato danno alla società, sarebbe stata impugnabile “se, senza il voto dei soci che avrebbero dovuto astenersi dalla votazione, non si sarebbe raggiunta la necessaria maggioranza”.

Nell'interpretazione della norma la dottrina appariva divisa tra coloro che ritenevano impossibile per il socio procedere alle operazioni di voto⁹⁷ e coloro che propendevano per la soluzione contraria, nella convinzione che la norma dovesse essere letta unitariamente, integrando il primo comma con il secondo. Alla luce di ciò essa non sembrava inibire il diritto di voto del socio, ma gli offriva l'alternativa tra il non votare ed il votare in modo da non recare un danno alla società⁹⁸. In caso

⁹⁵ F. TASSINARI, *La trasformazione “difensiva” di s.r.l in s.p.a. con amministratore unico*, in *Notariato*, 2004, p. 51.

⁹⁶ Il conflitto di interessi tra il socio e la società va valutato in concreto, in relazione ad una situazione di fatto e preesistente rispetto alla votazione, tale per cui esistono elementi indiziali idonei a dimostrare l'interesse particolare del socio, contrapposto a quello della società. In tal senso chiaramente Trib. Milano, 12.05.1994, in *Società*, 1994, p. 1389.

⁹⁷ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti, 1, Obbligazioni in generale e contratti in generale*, Padova, 1993, p. 202; G. COTTINO, *Diritto commerciale. Le società e le altre associazioni economiche*, Padova, 1987, p. 421; P. TRIMARCHI, *Invalità delle delibere di società per azioni*, Milano, 1958, p. 181 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 258 e ss.; L'Autore sottolinea quanto sia necessario analizzare in concreto le circostanze che possono determinare una situazione di conflitto di interessi. Qualora esse venissero rintracciate il socio deve astenersi dal voto. “ Si tratta quindi di una sospensione del diritto di voto e non di una mera limitazione, come sarebbe se il socio potesse anche votare purché facendo prevalere l'interesse sociale”.

⁹⁸ In tal senso L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria del conflitto di interesse nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 445; D. CENNI, *Il voto del socio in conflitto*



contrario, la delibera adottata con il voto del socio in conflitto di interessi era passibile di annullamento nella duplice ipotesi in cui il voto fosse determinante (prova di resistenza) e la delibera recasse un danno alla società (danno potenziale)⁹⁹. La delibera, quindi, anche se assunta con il voto del socio in conflitto restava inattuabile tutte le volte in cui non si era in presenza di un danno – anche solo potenziale - verso la società. In definitiva, secondo tale ricostruzione il voto non era sospeso ma semplicemente limitato. A sostegno di tale tesi si schierava anche la giurisprudenza maggioritaria, fautrice della mera limitazione e non della inibizione totale del diritto di voto del socio¹⁰⁰.

3b. Maggiormente repressiva era la disciplina del conflitto di interessi dell'amministratore. La precedente formulazione dell'art 2391 c.c. disponeva che "l'amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa". In dottrina non mancavano aspre critiche rivolte a tale norma riguardanti, in particolare, il divieto per l'amministratore in conflitto di partecipare alle delibere relative alla singola operazione¹⁰¹. Si faceva notare infatti come lo scopo della norma venisse spesso frustrato: l'ossessione del

di interessi e i poteri del presidente dell'assemblea, in *Contr. impr.*, 1994, p. 350; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 216.

⁹⁹ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, diritto delle società*, Torino, 1992, 307. Secondo la Cass., 23 marzo 1996, n. 2562, in *Notariato*, 1996, p. 521, secondo cui "l'annullabilità di una deliberazione assembleare assunta con il voto favorevole di uno o più soci in conflitto di interessi con la società e' subordinata, dall'art. 2373, comma 2, c.c. (richiamato, per le società a responsabilità limitata dal comma 2 dell'art. 2486), oltre che dall'esistenza del conflitto di interessi, a due distinte condizioni, che debbono concorrere. La prima consiste nella decisività del voto espresso dal socio in conflitto d'interessi, ossia nel fatto che, senza quel voto, la maggioranza occorrente per l'approvazione della deliberazione non sarebbe stata raggiunta (c.d. prova di resistenza); la seconda condizione risiede nella dannosità, almeno potenziale, della deliberazione medesima per la società".

¹⁰⁰Cass., 8 maggio 1992, n. 5498, in *Società*, 1992, p. 1066, in cui si dispone che "al socio in conflitto di interessi non può essere negato il diritto di voto nell'assemblea poiché l'art. 2373 c.c. richiede solo che il voto venga esercitato a favore della società". Si esprime nello stesso modo Trib. Milano, 20 gennaio 1994, in *Giur. comm.*, 1995, p. 237, il quale afferma che "la configurabilità di un interesse individuale del socio in potenziale contrasto con l'interesse sociale non e' sufficiente a privare il socio della legittimazione ad esercitare il diritto di voto. Per poter accertare che esiste conflitto rilevante ai sensi dell'art. 2373 c.c. e' indispensabile verificare che lo scopo effettivamente perseguito dal socio sia incompatibile con la realizzazione dell'interesse sociale e che il perseguimento dell'interesse individuale possa recare danno alla società". Conforme App. Milano, 5 marzo 1996, in *Gius.*, 1996, p. 1553.

¹⁰¹ Secondo V. SALAFIA, *Il conflitto di interessi nelle società di capitali*, in *Soc.*, 1996, p. 395, "dal testo si ricava la regola secondo cui l'amministratore in conflitto deve darne comunicazione agli altri e deve inoltre astenersi dal partecipare addirittura alla riunione".



conflitto di interessi ed il conseguente timore di sanzioni penali portavano spesso l'amministratore a porre in essere piccoli sotterfugi, per nulla consoni alla sua qualifica quali, ad esempio, strategiche astensioni di comodo, o informazioni reticenti offerte dall'amministratore coinvolto¹⁰². In altri casi, poi, ci si rimetteva alla complicità di altri amministratori, sui quali veniva trasferita la decisione dell'adozione della delibera. Si finiva così col vanificare inevitabilmente l'impegno, deresponsabilizzando proprio chi veniva chiamato *ex lege* a gestire responsabilmente la società.

Non diversamente accadeva nell'ambito dei gruppi societari poiché la disposizione di cui all'art. 2391 c.c. sembrava frustrare lo scopo della formazione dei gruppi e rendere malsicure e pericolose le relazioni tra le società che ne facevano parte, impedendo di fatto la libertà di movimento del complesso¹⁰³. Se è vero che la grande impresa si articola in una costellazione di società, è altrettanto vero che il conflitto di interessi non faceva altro che ostacolare *ex ante* molte iniziative provenienti, nella maggior parte dei casi, dalla capogruppo. Questa, in linea generale, non può mai astenersi dal voto: "deve non ledere, e, se lede, deve riparare"¹⁰⁴.

3c. La riforma delle società di capitali e delle società cooperative ha decretato una vera e propria rivoluzione nell'ordinamento giuridico italiano. Le linee guida della riforma che coinvolgono direttamente la problematica del conflitto di interessi sono essenzialmente finalizzate a:

- tutelare il principio di certezza dei rapporti sociali (la legge 3 ottobre 2001 n.366 lo prevede espressamente all'art 2 lett. b; art 4, terzo comma, lett. a; settimo comma lett. b e lett. d);
- ampliare l'esigenza di trasparenza¹⁰⁵;

¹⁰² È questo il *mutual back scratching* che letteralmente indica il rischio che gli amministratori "si grattino la schiena a vicenda". Ciò accade quando gli amministratori disinteressati assumono un atteggiamento compiacente nei confronti di quello tra loro in conflitto nella convinzione che, quando si troveranno nella medesima condizione, il primo si comporterà nello stesso modo. A tal fine cfr. L. ENRIQUEZ, *Il conflitto di interessi nella gestione delle banche*, in *Il governo delle banche in Italia, Quarto rapporto sul sistema finanziario italiano*, Roma, 1999, 345.

¹⁰³ A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e Impr.*, 1986, p. 733 ss.

¹⁰⁴ A. MIGNOLI, *op. cit.*, p.733. L'A. aveva quindi proposto una possibile riforma della norma *de qua*: meglio sarebbe stato se si fosse previsto un obbligo di informazione a carico dell'amministratore coinvolto nei confronti del consiglio e del collegio sindacale circa la situazione in cui il medesimo si fosse venuto a trovare. Tale dovere di informazione avrebbe quindi sostituito, con indubbio successo, il deleterio obbligo di astensione; ciò che conta è infatti dissentire e non astenersi.

¹⁰⁵ Essa in origine come diritto per il consumatore ad una informazione chiara ed è arrivata al punto da decretare l'invalidità del contratto stesso ove essa fosse carente. Sul punto vedi V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. Priv.*, 2001, P.785. Secondo l'A. alla regola della trasparenza va attribuita la natura di norma imperativa con la conseguenza che qualsiasi contratto concluso senza la sua osservanza può dirsi nullo proprio perché "contrario a norme imperative" (art. 1418 c.c.). L'esigenza di



- disciplinare i doveri di fedeltà dell'organo amministrativo (Art 4, comma 8, lett. e), legge 3 ottobre 2001, n. 366).

Il legislatore nazionale si è dimostrato sensibile alle indicazioni fornite dall'esperienza degli Stati dell'Unione Europea ed ha soprattutto privilegiato alcuni principi del diritto societario nord-americano che ha poi trasfuso nella riforma¹⁰⁶. L'ordinamento statunitense, infatti, rifiuta la predisposizione di norme che tendono ad ostacolare *ex ante* l'attività sociale ma preferisce affidarsi ad una giustizia che interviene quando l'organo di gestione della *corporation* viene meno ai doveri fiduciari il cui rispetto è fondamentale per un buon governo¹⁰⁷. In definitiva il diritto societario

trasparenza è stata avvertita in riferimento ai contratti con i consumatori. La novella del 1996 sui contratti con i consumatori, all'art 1469 ter c.c., ha decretato il principio della trasparenza stabilendo che "la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile". In dottrina si sono occupati dell'argomento *de quo, ex multis*, V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"* (La novella al codice civile), Napoli, 1997, p. 59. In giurisprudenza molte pronunce hanno interessato l'attività bancaria e la tutela dei consumatori, tra le altre cfr. *Cass.*, 13 marzo 1996, n. 21031, in *Giust. civ. Mass.* 1996, p. 355, secondo cui "il principio secondo cui la variazione dell'interesse nel corso di un rapporto bancario di durata può essere reso determinabile con il riferimento, previsto nella scrittura negoziale, ad elementi estranei e futuri (nella specie, riferimento alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza) ha subito una deroga a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 4 l. 17 febbraio 1992 n. 154 (norme sulla trasparenza delle operazioni bancarie) e degli art. 117 e 118 d.l. 1 settembre 1993 n. 385 (t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia), poiché dette norme espressamente negano validità alle clausole contrattuali di rinvio agli usi nella determinazione dei tassi di interesse".

La trasparenza risponde ad un principio generale dell'ordinamento, che è identificabile senza dubbio nella solidarietà sociale. È naturale, però, che il principio di trasparenza debba essere studiato da un angolo prospettico diverso, nel momento in cui ci si sposta dall'ambito contrattualistico a quello societario. Là la trasparenza è intesa come chiarezza del regolamento contrattuale, dettata a tutela di colui che, in molti casi, viene considerato come parte debole del rapporto; qua, al contrario, il principio di trasparenza deve essere letto con particolare riferimento alla tutela, non solo degli altri soci, ma anche dei soggetti terzi, di coloro i quali, cioè, entrano in relazione con la società che opera nel mondo giuridico.

¹⁰⁶ Uno di questi è rappresentato dal fatto che negli USA il potere di gestione dell'impresa e degli affari complessivi della società è incentrato nelle mani del *board of directors*. Da tale potere deriva, come conseguenza, la responsabilità che, però, non sorge nel momento in cui gli amministratori violano precetti di natura legislativa, bensì quando contravvengono a quei doveri derivanti dal rapporto fiduciario che li lega alla società ed il cui rispetto è garantito da una giustizia che interviene *ex post* e che viene attivata dagli azionisti. Sono essi, infatti, ad imporre il rispetto di tali *fiduciary duties*. Il diritto societario americano non è, infatti, un diritto "imperativo" ma in realtà utilizza norme dispositive-suppletive che intervengono solo ove l'autonomia privata non ha altrimenti disposto. È dunque un sistema permissivo che esalta massimamente l'autonomia privata. A tal proposito cfr. A. PALMITER, *Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento statunitense delle società commerciali ("Corporations") e il futuro dell'amministrazione e controllo societario ("Corporate Governance") dopo il caso "Enron"*, in *Quaderni di Notariato*, 10, 2003, p. 11 ss.

¹⁰⁷ I tribunali dunque vengono attivati nei casi in cui l'ignoranza degli amministratori è grave ed eccessiva; quando, ad esempio, vengono meno al loro *duty of monitor* (che, letteralmente, fa riferimento



nord-americano se da una parte è attento ad individuare quelle fattispecie concrete in cui possa manifestarsi una situazione di conflitto di interessi che non determina automaticamente l'invalidità della delibera (è infatti necessario che la stessa sia *unfair to the corporation*), dall'altra si fa forte di un intervento discrezionale *ex post* da parte dell'autorità giudiziaria secondo le regole proprie della *common law*.

Queste indicazioni hanno suggerito al legislatore nazionale di innovare la disciplina societaria e, con essa, la problematica inerente al conflitto di interessi, privilegiando l'aspetto dell'informazione, della trasparenza, della certezza delle situazioni giuridiche e della responsabilizzazione del singolo ed abbandonando, di contro, la prospettiva della mera proibizione¹⁰⁸. Tale evoluzione è avvenuta altresì nell'ambito di una nuova realtà economica che ha assistito al progressivo affievolimento del concetto di interesse sociale.

La corretta indagine relativa alla rinnovata nozione del conflitto di interessi, infatti, non può prescindere dalla interpretazione di questo concetto. Sin dal passato la dottrina ha proposto due ricostruzioni, l'una di stampo contrattualistico¹⁰⁹ fondata sull'accordo tra i soci che hanno costituito la società e l'altra cd. istituzionalista, con una forte impostazione pubblicistica del ruolo svolto dalla società.

Oggi sembra possibile constatare un superamento di entrambe le teorie. La tesi istituzionalistica risultò inadeguata già alla realtà giuridica del legislatore del 1942, che aveva compreso che la società nasce non per realizzare interessi superiori, bensì per perseguire quelli dei singoli soci, che, infatti, "conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili" (art. 2247 c.c.). Nemmeno la tesi contrattualistica, però, si rivela più al passo con la realtà odierna dal momento che ad essere cambiato è proprio il concetto di società, intesa non più come un gruppo di soci che collaborano per produrre un utile da dividere. L'utile stesso, infatti, non può più essere inteso come un semplice "guadagno" ma assume sfaccettature diverse poiché attualmente è venuta meno anche la netta

al dovere di controllo attribuito agli amministratori i quali devono controllare la corruzione all'interno della società sia essa pubblica o privata. Cfr. A.PALMETER, *op. cit.*, 24) o, ancora - ed è l'ipotesi che qui interessa - quando violano il dovere di lealtà, il *duty of loyalty*. Come è possibile, però, individuare i casi in cui gli amministratori vengono meno a tale ultimo precetto fiduciario? Negli USA la ricorrenza della violazione del dovere è fondata sull'esistenza di specifici *tests* che indicano in modo dettagliato dei comportamenti sleali che possono essere tenuti dagli amministratori. Tra essi è tipizzato ad esempio il cd. *self-dealing* (il contratto con se stesso) ma in tal caso la sanzione viene irrogata esclusivamente nei casi in cui il contratto è stato concluso a condizioni inique per la società.

¹⁰⁸ Secondo A. MIGNOLI, *op. cit.*, 735, "il Pantheon dei nostri istituti è da tempo entrato in crisi, con gli sconvolgimenti delle strutture sociali e politiche ad esso sottese a cui era funzionale.(...) Esso continua in apparenze sempre più immobili e svuotate di autentici contenuti. Inadeguato alle nuove dimensioni dell'economia e impotente ad arginare l'incalzare dei tempi, è poi costretto a scendere a patti con la realtà nuova".

¹⁰⁹ Secondo L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p. 159 ss., l'interesse della società coincide con quello comune dei soci e dunque quello di massimizzare il lucro soggettivo di ciascuno di essi.



distinzione tra chi fa parte della società e chi ne è fuori: la figura dell'azionista non è più così lontana da quella dell'obbligazionista o del titolare degli strumenti finanziari partecipativi. Ne deriva che lo stesso concetto di interesse sociale arriva oggi ad assurgere a mera categoria logica¹¹⁰.

3d. La convinzione della necessità di una nuova veste giuridica da riservare al conflitto di interessi trova esplicita manifestazione nella nuova disciplina del conflitto di interessi del socio di cui all'art. 2373 c.c. L'attuale formulazione chiarisce, infatti, che "la deliberazione approvata con il voto determinante dei soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'art. 2377 qualora possa recarle danno". Rimane come presupposta ma non definita la nozione di conflitto tra l'interesse personale del socio e l'interesse della società. I primi due commi della formulazione originaria dell'articolo si sono fusi in un unico comma che abbandona la prospettiva del dovere di astensione ed individua come unica sanzione l'impugnabilità della delibera in caso di pregiudizio per la società. Diviene rilevante *il dovere di comportamento* in capo al socio che, con il suo voto, determina il risultato della delibera¹¹¹. È di certo apprezzabile la scelta del legislatore di privilegiare l'aspetto della responsabilizzazione del singolo e quello del controllo *ex post* che assicura una giusta sanzione in caso di violazione dei doveri di lealtà. In tal caso non si rischia di ostacolare in maniera eccessiva l'attività societaria e si tutela, al contrario, la rapidità delle scelte e la celerità dell'adozione delle deliberazioni. È evidente come il conflitto di interessi non appare più come un mero ostacolo all'esercizio delle funzioni del socio, ma rileva solo in un momento successivo e solo qualora venga accertato che la delibera – che non sarebbe stata adottata senza il voto determinante del medesimo – sia idonea a provocare un pregiudizio per la società¹¹².

3e. Ancor più incisiva si dimostra poi la modifica della disposizione contenuta nell'art. 2391 c.c.. Il testo vigente impone al singolo amministratore, infatti, di dare "notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto

¹¹⁰ Ha individuato questa problematica A. MIGNOLI, *op. cit.*, p.735.

¹¹¹ L'interesse sociale funge da limite alla libertà di espressione del voto all'interno dell'organo assembleare. Sul punto cfr., tra gli altri, PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni*, Milano, 1992; F. D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 5 ss.

¹¹² L'ultimo comma del vecchio art. 2373 c.c. confluisce nella norma generale in tema di quorum di cui all'art. 2368, terzo comma, in cui nel secondo periodo viene disposto che le azioni per le quali "il diritto di voto non è stato esercitato a seguito della dichiarazione del socio di astenersi per conflitto di interessi non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della delibera"



proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata"¹¹³. Indicativa è senza dubbio la modifica della rubrica dell'articolo: prima ci si riferiva espressamente al "conflitto di interessi degli amministratori", oggi ci si occupa estensivamente degli "interessi degli amministratori". L'intenzione del legislatore – in ossequio alle indicazioni della legge delega che all'art 4, comma 8, lett e) prevedeva una riforma diretta a disciplinare "i doveri di fedeltà dell'organo amministrativo in particolare con riferimento alle situazioni di conflitto di interessi" – è sicuramente quella di ampliare gli obblighi di lealtà e correttezza degli amministratori, privilegiando al massimo l'esigenza di trasparenza¹¹⁴. L'esigenza primaria di ogni società è infatti quella di evitare che l'attività economica venga ostacolata *ex ante* da ogni più piccolo timore del conflitto. La nuova norma sposta quindi l'attenzione dall'obbligo di astensione all'obbligo di informazione, che ne risulta notevolmente ampliato. Viene superata la tradizionale nozione di conflitto di interessi al fine di rendere rilevante ogni interesse personale dell'amministratore che, in base ad una regola di prognosi postuma condotta sulla base di un criterio di oggettiva apprezzabilità, può mettere a repentaglio il suo dovere di lealtà recando un danno alla società¹¹⁵. In considerazione di ciò, è richiesta

¹¹³ L'amministratore delegato, invece, "deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale". Antecedentemente alla riforma la dottrina sosteneva che il contratto concluso dall'amministratore delegato in conflitto di interessi fosse annullabile ai sensi dell'art 1394 c.c. qualora esso si rivelasse contrario all'interesse della società e il conflitto fosse riconosciuto o riconoscibile dal terzo. La nuova normativa modifica tale regime: l'amministratore delegato, infatti, ora deve astenersi dal compimento dell'operazione. L'unica sanzione all'eventuale inadempimento è però esclusivamente quella del risarcimento del danno a carico dell'amministratore delegato secondo la disposizione di cui al quarto comma dell'articolo in esame. Pertanto, dato che l'art. 2391 c.c. non disciplina il profilo dell'annullabilità del contratto, parte della dottrina sostiene che esso continuerebbe ad essere previsto dall'art 1394 c.c. In questo senso D. MAFFEIS, "Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori", cit., p. 533.

¹¹⁴ Sull'argomento cfr., tra gli altri, M. VENTORUZZO, *Commento all'art. 2391*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi – F. Ghezzi – M. Notari, Milano, 2005; L. ENRIQUES, *La disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: novità e raccordo con le disposizioni in tema di obbligazioni degli esponenti aziendali di banche*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2003; N. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. delle società*, 2003, p. 50; G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 147; L. ENRIQUES, *Ad art. 2391*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005; A. MAFFEIS, *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 1053; G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005; ID., *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società*, 2005, p. 1087 ss.; L. SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 760; P. MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 244.

¹¹⁵ La relazione al testo del decreto legislativo afferma, infatti, che "il maggior rigore di questa disciplina vuole sottolineare non solo che qualsiasi amministratore, essendo il gestore del patrimonio altrui, non può approfittare della sua posizione per conseguirne diretti o ingiusti vantaggi, ma, soprattutto, il valore della trasparenza nella gestione della società".



all'amministratore coinvolto la massima chiarezza nell'informare gli altri amministratori ed il collegio sindacale non solo di eventuali interessi confliggenti con quelli della società, ma anche di tutti gli altri di cui il medesimo sia portatore.

L'attuale formulazione normativa, pertanto, sposta il baricentro del precetto normativo dalla "forma", (obbligo di astensione dal voto) alla "sostanza" (obbligo di una corretta informazione)¹¹⁶. Se, infatti, in precedenza l'amministratore doveva dare notizia del suo interesse in conflitto agli altri amministratori ed al collegio sindacale, oggi deve descrivere in modo dettagliato la natura, i termini, l'origine e la portata di qualsiasi interesse coinvolto. Adempiuto tale obbligo, egli può esprimere il suo voto¹¹⁷ nella costante consapevolezza che l'inadempimento ai suoi obblighi nei confronti della società lo espone al rischio del risarcimento per "i danni derivati alla società dalla sua azione od omissione"¹¹⁸.

Non trascurabile appare l'esigenza di responsabilizzazione dell'intero organo amministrativo, dal momento che, ove il consiglio di amministrazione, pur nella coscienza dell'esistenza di tale interesse, decida ugualmente di adottare la relativa delibera, dovrà "adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione". Tale obbligo di motivazione fa sì che sia l'intero consiglio e non il solo amministratore a decidere se l'interesse del singolo possa pregiudicare quello della società. In caso di inadempimento, ai sensi dell'art. 2392 c.c. viene prevista la responsabilità solidale degli altri amministratori che, "essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose".

Cambia anche il regime dell'annullabilità delle delibere. Nella precedente stesura la deliberazione del consiglio, qualora fosse capace di recar danno alla società, poteva essere impugnata dagli amministratori o dai sindaci se, senza il voto dell'amministratore che doveva astenersi, non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta. Oggi l'annullabilità delle delibere è prevista non più in caso di inosservanza dell'obbligo di astensione, bensì nelle ipotesi di reticenza dell'amministratore che non adempie al dovere di informazione ed in quelle di inadeguata motivazione della delibera offerta dal CDA.

L'assoluta importanza degli obblighi di trasparenza emerge, peraltro, anche

¹¹⁶ F. TASSINARI, *op. cit.*, 55.

¹¹⁷ Il dubbio che scaturisce da questa nuova norma risiede nel fatto che non è chiaro con quale criterio debbano essere selezionati i vari interessi degli amministratori. Non si capisce, infatti, come bisogna scindere dai vari interessi quelli rilevanti per far scattare l'obbligo informativo. Non si rischia infatti di pregiudicare la *privacy* dell'amministratore? La legge non può imporre la massima *disclosure* ma deve accontentarsi di una rivelazione ragionevole in funzione dell'obiettivo che non pregiudichi la sfera intima ed intangibile della persona.

¹¹⁸ La dottrina fa notare, per l'appunto, che il "danno" è nozione più ampia di perdita: ciò significa che secondo la nuova disciplina si devono risarcire, ad esempio, le perdite diverse da quelle effettive ed anche il mancato guadagno. D. MAFFEIS, *op. cit.*, 531.



sotto il profilo penale¹¹⁹ in virtù dell'introduzione dell'art. 2629 bis c.c. relativo al reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi, fattispecie volta a reprimere gli abusi commessi nell'ambito di società che coinvolgono il pubblico risparmio¹²⁰.

3f. La tematica del conflitto di interessi e la sua evoluzione giuridica emerge anche dall'analisi del fenomeno relativo ai gruppi di società che rileva esclusivamente a livello economico non potendo esso stesso essere definito come soggetto dotato di autonoma soggettività¹²¹. Al suo interno diversi sono gli interessi coinvolti: ci si riferisce all'interesse della società controllante, a quello della controllata e infine a quello del gruppo nel suo insieme. Il problema che ha da sempre impegnato la dottrina e la giurisprudenza è stato quello di capire sino a che punto la società controllante possa imporre direttive vincolanti alle controllate così da limitarne il raggio d'azione. La questione ha condotto all'elaborazione, tra le altre¹²², della "teoria dei vantaggi compensativi"¹²³ che sembra aver influenzato il legislatore della riforma. Siffatta tesi evidenzia come l'appartenenza ad un gruppo porta a conseguire vantaggi ma anche a subire pregiudizi che non vanno considerati autonomamente ma vanno confrontati con i vantaggi dell'appartenenza ad una comunità allargata. Va da sé che

¹¹⁹ Già precedentemente alla legge di riforma delle società si era verificata una sostanziale modifica alla disciplina del conflitto di interessi relativamente al profilo penale. Il D.Lsl. n. 61 del 2002 ha infatti previsto all'art 2634 c.c. il reato di "infedeltà patrimoniale" che sostituisce il reato di "conflitto di interessi" di cui al vecchio art 2631 c.c.. Le due ipotesi sono state definite dalla giurisprudenza di merito differenti per struttura ed oggetto giuridico dal momento che la fattispecie di cui all'art 2634 c.c. prevede quale elemento essenziale un danno cagionato al patrimonio sociale e riconducibile direttamente alla delibera adottata con l'apporto dei soggetti in conflitto di interessi. In tal senso cfr. Trib Monza, 21 luglio 2003, in *Le società*, 2003, p. 1649. Un elemento essenziale emerge dall'analisi delle due norme: mentre nella vecchia formulazione il conflitto di interessi rilevava fin dal momento del pericolo di danno, oggi gli amministratori i direttori generali ed i liquidatori sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni solo se avendo un interesse in conflitto con quello della società compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione di beni sociali, cagionando *intenzionalmente* alla società un *danno patrimoniale*. È chiaro dunque che la riforma posticipa l'intervento della sanzione penale solo al momento della effettiva verifica del danno e non più a quello del semplice pregiudizio.

¹²⁰ Sul tema cfr., C. MARINI, *L'omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in DE ANGELIS – RONDINONE (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, Torino, 2008, p. 605 ss; M. SACCAVINI, *L'estensione della responsabilità dell'ente per i reati societari e l'inasprimento delle sanzioni. In particolare, l'omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in DE ANGELIS – RONDINONE (a cura di), *op. cit.*, p. 619 ss.

¹²¹ In giurisprudenza cfr. Cass., 21 gennaio 1988 n. 423, in *Riv. dir. ind.*, 1988, II, 3 secondo cui "al gruppo di società sottoposte ad amministrazione controllata non corrisponde un soggetto giuridicamente unitario". In dottrina G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.

¹²² Per una sintesi delle teorie cfr. A. FEDERICO, *op. cit.*, 416.

¹²³ Tale teoria è stata dapprima sostenuta da A. MIGNOLI, *op. cit.*, e successivamente ripresa da P. MONTALENTI, *Conflitti di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur comm.*, 1995.



anche l'interesse sociale è continuamente eroso nel quadro del più vasto interesse del gruppo di appartenenza. Per poter dunque accertare l'esistenza di un conflitto di interessi in tema di gruppi di società non è sufficiente constatare che la singola società abbia subito un pregiudizio ma è doveroso tener conto di tutti i vantaggi alla stessa derivati dall'appartenenza al gruppo: ogni scelta va valutata *ex ante* ed anche se pregiudizievole a prima vista per l'interesse della società controllata, potrà comunque risultare vantaggiosa in riferimento al quadro complessivo del gruppo. In considerazione di ciò si è precisato che l'indagine volta ad individuare ipotesi di conflitto di interessi va compiuta in concreto tenendo conto di tutte le condizioni dell'intera operazione effettuata¹²⁴.

Il legislatore della riforma, nel disciplinare alcuni aspetti del fenomeno del gruppo, ha previsto all'art. 2497 c.c. che "le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società". Mostrando, poi, di condividere l'interpretazione che la dottrina fautrice della "teoria dei vantaggi compensativi" ha riservato al concetto di conflitto di interesse nei gruppi di società, ha precisato che "non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette" (art 2497 c.c.).

Un'ulteriore conferma al fatto che il conflitto di interessi non può essere valutato in astratto ma assume rilevanza giuridica esclusivamente nei casi in cui, dall'analisi complessiva dell'intera operazione posta in essere, emerge che il pregiudizio non è compensato da un adeguato vantaggio¹²⁵.

3g. Già antecedentemente alla riforma delle società era stata da taluni¹²⁶

¹²⁴ In giurisprudenza cfr. App. Milano 11 luglio 1991, in *Giur. it.* 1992, I,2,15 secondo cui "quando le gravi irregolarità denunciate al tribunale consistono nel sacrificio dell'interesse della società a quello del socio di maggioranza, i soci reclamanti debbono fornire la prova del pregiudizio in concreto sofferto dalla società (nella specie non è stato ritenuto sufficiente il fatto che una controllata italiana vendesse tutta la produzione alla controllante svizzera e questa la rivendesse ad un prezzo doppio, perché l'appartenenza al gruppo consentiva di smerciare con sicurezza i beni senza sopportare i costi di commercializzazione e ad un prezzo non inferiore a quello pagato a fornitori indipendenti per prestazioni equivalenti).

¹²⁵ A tal proposito, la "teoria dei vantaggi compensativi" potrebbe divenire un prezioso indice per individuare le reali e concrete ipotesi di conflitto di interesse non solo all'interno del fenomeno del gruppo ma anche con riferimento ad altrettanti ambiti giuridici.

¹²⁶ A. MIGNOLI, *op. cit.*, 729 s.s.



proposta la disapplicazione dell'art. 2391 c.c. ai gruppi di società nella convinzione che la rigidità della norma ivi contenuta impedisse di fatto la complessa attività degli stessi.

In effetti la realizzazione di un'efficace politica di gruppo veniva ostacolata dalle eccessive precauzioni imposte dalla previgente disciplina soprattutto nei riguardi di quelle società gestite da amministratori comuni, ovverosia titolari di incarichi in imprese concorrenti (cd. *interlocking directorates*)¹²⁷. Oltre infatti all'obbligo di rendere edotti gli altri amministratori ed il collegio sindacale della controllata di eventuali interessi per conto della controllata, l'amministratore comune alla controllata ed alla controllante aveva, altresì, l'obbligo di astenersi dalla partecipazione alla concreta operazione con evidente pregiudizio tutte le volte in cui lo stesso assumeva le vesti di amministratore unico¹²⁸.

La riforma del diritto azionario tenta di rimediare a questi inconvenienti anche se, soprattutto in relazione agli amministratori comuni delegati, resta l'obbligo di astensione dal compimento della concreta operazione investendo della stessa l'organo collegiale. A tal riguardo viene affermata da autorevole dottrina l'inoperabilità dell'art. 2391 c.c. nei gruppi già soggetti all'obbligo di analitica motivazione di cui all'art 2497 *ter*¹²⁹.

Rilevante è però la differenza tra le due norme, prevedendo la prima obblighi di *disclosure* preventiva che mirano a rendere trasparente sia nella controllata che nella controllante il procedimento decisionale interno al consiglio di amministrazione al fine di prevenire l'incidenza dell'interesse di taluno dei componenti sulle decisioni attinenti ai rapporti infragruppo, e la seconda obblighi di motivazione funzionali ad una valutazione *ex post* dell'effettiva sussistenza di pregiudizi per soci esterni e creditori della sola controllata¹³⁰. Viene pertanto evidenziato che l'adattamento della disciplina degli interessi degli amministratori al contesto dei gruppi possa coesistere con l'impegno dell'amministratore delegato comune di assicurare una preventiva informazione dei piani strategici di gruppo al consiglio della società controllata. Ciò potrebbe concretizzarsi nell'eventuale elaborazione di piani finanziari ed industriali da

¹²⁷ Per un'approfondita analisi della tematica in questione cfr., R. SANTAGATA, *Interlocking directorates ed "interessi degli amministratori" di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 330 ss.

¹²⁸ Tanto che spesso si derogava in statuto a tale obbligo di astensione degli amministratori di società al contempo consiglieri di altra società partecipante al capitale della prima. Cfr., a tal proposito, L. ENRIQUES, *op. cit.*, p. 256 ss.

¹²⁹ A tal proposito cfr., tra gli altri, G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e GB. Ferri, Torino, 2006, p. 497; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2006, p. 136; R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum GF. Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. portale, Torino, 2007, p. 907 ss.; M. FRANZONI, *Società per azioni, Dell'amministrazione e del controllo*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2008, p. 412 ss.

¹³⁰ Chiaramente R. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 324 e 325.



sottoporre al successivo esame del consiglio della controllata ai sensi dell'art. 2381 c.c.. In tal caso verrebbe meno la ragione al dovere di astensione rispetto ad operazioni meramente esecutive di un piano già formalizzato ed approvato dal consiglio¹³¹.

Come sostenuto più volte, la rilevanza del conflitto di interessi va valutata alla stregua della concreta operazione onde verificare se, in relazione alla situazione specifica, l'operazione infragruppo realizzi strategie economiche già esaminate dal consiglio o se, al contrario, ne sia estranea comportando, come conseguenza, la puntuale applicazione del dovere di astensione.

4. Dall'indagine svolta e dalle riflessioni compiute sembra da escludersi una sorta di *reconductio ad unitatem* in riferimento ad un istituto complesso ed eterogeneo come quello del conflitto di interessi. Il legislatore, infatti, lo ha regolamentato in diversi ambiti con un evidente mutamento, di volta in volta, dei presupposti, degli effetti ed, in linea generale, dell'impianto normativo. Sarebbe assurdo, per questa ragione, voler procedere ad una interpretazione univoca: diventa essenziale, al contrario, distinguere consapevolmente le situazioni in cui il conflitto di interessi si manifesta ed analizzarle tentando di valorizzare massimamente le particolarità che rendono ogni fattispecie unica e diversa dalle altre. Al modificarsi infatti dell'assetto di interessi sotteso ad ogni fattispecie, mutano contestualmente i possibili pregiudizi con l'evidente necessità di tutelare l'interesse di volta in volta maggiormente meritevole.

Come evidenziato nel corso della trattazione, in tempi recenti è stato avviato un progressivo e costante superamento della tradizionale nozione di conflitto di interessi in vista della corretta attuazione dei principi di trasparenza e di certezza giuridica che esortano a promuovere l'aspetto della responsabilizzazione della persona.

Gli interventi normativi effettuati successivamente al 1942, pur mantenendo come obiettivo essenziale la tutela degli interessi del soggetto rappresentato, escludono dall'ipotesi del conflitto tutte quelle situazioni incerte, basate su mere ipotesi anche future che provocano incertezza giuridica e ne restringono l'applicazione ai soli casi di palese e reale pregiudizio per la sfera giuridica del soggetto coinvolto. Se così non fosse il conflitto di interessi rischierebbe di integrare un mero pretesto volto ad ostacolare l'attività del rappresentante col rischio di pregiudicare, anziché tutelare, gli interessi della parte debole.

Non va sottaciuto però che le esigenze di trasparenza e certezza delle situazioni giuridiche non possono rappresentare un valore assoluto ed immutabile all'interno dell'ordinamento ma soccombono di fronte ad interessi maggiormente meritevoli di tutela. Ne deriva, a tal proposito, il diverso peso che le stesse assumono in riferimento alla realtà familiare piuttosto che all'ambito societario. Secondo tale ottica, in alcune

¹³¹ In tal senso R. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 333.



circostanze la ferrea applicazione del conflitto di interessi non appare immotivata ed arbitraria bensì giustificata da una diversa scelta che, in virtù del principio di solidarietà, valorizza l'uno o l'altro tra gli interessi coinvolti nella concreta vicenda, determinando, in definitiva, la corretta attuazione dei valori costituzionali.

È evidente, però, che tutte le volte in cui l'istituto del conflitto di interessi venga strumentalizzato per ostacolare in modo ingiustificato l'attività giuridica, diventa necessario attuare, anche *ex post*, un controllo che sanzioni i comportamenti scorretti offrendo una efficace tutela ai soggetti lesi¹³².

La strada intrapresa verso la responsabilizzazione della persona la porta a valutare, in virtù dei suoi doveri non solo giuridici ma essenzialmente morali e sociali, il significato delle sue scelte e le conseguenze che ne derivano. Solo così si rende possibile l'attuazione effettiva delle situazioni esistenziali.

¹³² Interessante a tal proposito la recente pronuncia della Cass, 18/09/2009, n. 20106, in *Contratti*, 2009, p. 1009 secondo cui “Il principio della buona fede oggettiva, ossia della reciproca lealtà della condotta delle parti, non solo vincola i contraenti nella fase dell'esecuzione del contratto ed in quella della sua formazione, ma deve intendersi riferito anche agli interessi sottostanti alla stipula del regolamento negoziale, a tale conclusione pervenendosi sull'assunto che la clausola generale di correttezza e buona fede costituisce un autonomo potere giuridico espressione del generale dovere di solidarietà sociale e come tale è idonea ad imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire preservando le ragioni dell'altra”.